Die Abtretung einer Forderung zum Inkasso

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt

von

Berthold Barwinski

Gerichtsreferendar aus Deutsch-Krone

Marburg 1929

Als Dissertation von der Juristischen Fakultät angenommen
am 5. Juli 1928.

Berichterstatter:
Geheimer Justizrat Professor Dr. Franz Leonhard.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meiner lieben Mutter
und dem Andenken meines Vaters!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555603_0031

Inhalts-Uebersicht.

Seite

§ 1. Einleitung 1

I. Abschnitt.

Die fiduziarische Inkassozession.

§ 2. Begriff und Anwendungsfälle des fiduziarischen Rechtsgeschäfts 2
§ 3. Der Begriff der Inkassozession 3
§ 4. Der Unterschied der Inkassozession vom Scheingeschäft . . 4
§ 5. Die Zulässigkeit der Inkassozession 6
§ 6. Die Rechtsnatur der Inkassozession 9
§ 7. Die Wirkungen der Inkassozession 13

II. Abschnitt.

Die Einziehungsermächtigung.

§ 8. Die Konstruktion einer „beschränkten Zession" 18
§ 9. Der Begriff der Einziehungsermächtigung 22
§ 10. Gesetzliche Grundlagen der Einziehungsermächtigung 24
§ 11. Die geschichtliche Grundlage der Einziehungsermächtigung . 28
§ 12. Die Einziehungsermächtigung als Überlassung der Rechtsausübung 30
§ 13. Die Einziehungsermächtigung in der Rechtsprechung . . . 35
§ 14. Die Klagebefugnis des zur Einziehung der Forderung Ermächtigten 38
§ 15. Die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung im Hinblick auf die Verkehrsbedürfnisse 48
§ 16. Die Wirkungen der Einziehungsermächtigung 53
§ 17. Erlöschungsgründe der Einziehungsermächtigung 57
§ 18. Schlußbemerkung 59

Literatur-Verzeichnis.

Albrecht: Die Inkassozession. Diss. Halle, 1916.
Archiv für bürgerl. Recht.
Archiv für zivilistische Praxis.
Brütt: Die abstrakte Forderung. Berlin 1908.
Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1900, Bd. 1.
„ Grundzüge des römischen Privatrechts. 1920.
Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar von Reichsgerichtsräten. 6. Aufl., 1928.
Dernburg: Preuß. Privatrecht. 1894, Bd. 1.
Deutsche Juristenzeitung.
Dietenberger: Fiduziarische Zession und Einziehungsermächtigung. Diss. Greifswald, 1923.
Durchholz: Das sogenannte versteckte Wechsel-Inkasso-Indossament. Gruchot 47, S. 533.
Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 9. Aufl., 1903 Bd. 1.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 22. bis 24. Aufl. 1924.
Förster-Kann: Kommentar z. Zivilprozeß-Ordnung 3. Aufl., 1926.
Gaupp-Stein-Jonas: Komm. z. Zivilprozeß-Ordnung. 1. Bd., 12. Aufl. 1925. 2. Bd., 12.—13. Aufl., 1926.
Goltz: Das fiduziarische Rechtsgeschäft. Diss. Rostock, 1901.
Gruchot: Beiträge zur Erläuterung d. deutschen Rechts.
Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und Oeffentliche Recht der Gegenwart. Bd. 13.
H. Hellwig: Ermächtigung zur Prozeßführung über fremde Rechte im eigenen Namen. Gruchot 55, S. 607 ff.
K. Hellwig: System des deutschen Zivilprozeßrechts I. Teil, 1919.
„ Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, 1901.
Hirsch: Die Übertragung der Rechtsausübung. I. Teil, 1910.
Hoffmeister: Die Geldvollstreckung in nicht eingetragene Grundstücksrechte. Diss. Halle, 1912.
Jacoby: Das Wertpapier als Legitimationsmittel. München 1906.
Jäger: Komm. zur Konkurs-Ordnung. 5. Aufl., 1914.
Jahrbücher f. Dogm. des römischen und deutschen Privatrechts.
Jander: Legitimationsübertragung. J. W. 1913, S. 471 ff.

Juristische Wochenschrift.
Kohler: Lehrbuch d. bürgerlichen Rechts 1906.
„ Leitfaden des deutschen Konkursrechts. 2. Aufl. 1903.
Kritische Vierteljahrszeitschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.
Krückmann: Beschränkter Rechtserwerb oder qualitative Teilung nach römischem Recht. Arch. f. ziv. Prax. 103, S. 139 ff.
v. Lang: Die Wirkungen des fiduziarischen Rechtsgeschäfts. Arch. f. ziv. Prax. 83, S. 337.
Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht.
Leonhard, Frz.: Lehrbuch in kurzen Sätzen. 2. Aufl. 1926.
v. Lilienthal: Die Übereignung zum Zwecke der Sicherung. D. J. Z. 1902, S. 542.
Ludewig: Die Ermächtigung nach bürgerlichem Recht. Marburg 1922.
Mangold: Der Begriff der Inkassozession. Diss. Leipzig 1907.
Müller: Hat die Inkassozession die Wirkung einer Forderungsübertragung? Seuff. Bl., Bd. 72, S. 967 ff.
Neumann: Handausgabe des Bürgerl. Gesetzbuches. 5. Aufl. 1909, Bd. 1.
Oertmann: Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit. Dogm. Jahrb. 66, S. 130 ff.
„ Kommentar z. Bürgerlichen Gesetzbuch. 5. Aufl. 1927.
Planck-Siber: Komm. z. Bürgerlichen Gesetzbuch. Recht d. Schuldverhältnisse. 4. Aufl., 1914.
Raape: Das gesetzliche Veräußerungsverbot, 1908.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, herausgg. v. Mugdan und Falkmann.
Regelsberger: Pandekten. Bd. 1, 1893.
Richter: Die fiduziarische Übertragung des Prozeßführungsrechts im eigenen Namen. Gruchot 60, S. 766 ff.
Salkowski: Institutionen. 9. Aufl., 1907.
Schmidt: Zum Streite um die Rechtsnatur der Rechtsgeschäfte zu Inkassozwecken; in Gruchot 57, S. 240 ff.
„ Die Zession und das Vollindossament zu Inkassozwecken. Diss. Münster 1911.
Schöninger: Forderungsabtretung zum Zwecke des Einzugs. Arch. f. ziv. Prax. 96, S. 163 ff.
Schöny: Treuhandgeschäfte. Arch. f. Bürgerl. Recht 35, S. 315 ff.
Schultze: Treuhänder im geltenden Bürgerlichen Recht. Dogm. Jahrb. 43, S. 1 ff.
v. Seuffert: Komm. zu Ziv. Prozeß-Ordg. 8. Aufl., 1903.
Siber: Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit. Dogm. Jahrb. 70, S. 278.
„ Das Verwaltungsrecht am fremden Vermögen. Dogm. Jahrb. 67 S. 81 ff.

Sohm: Institutionen. 15. Aufl., 1917.
Stammler: Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren 1897.
„ Eigentum und Besitz. Im Handwörterbuch d. Staatswissenschaften. Bd. 3, 4. Aufl., 1926.
Stappert: Der Begriff der Ermächtigung. Diss. Marburg 1923.
Staub: Komm. z. HGB. 11. Aufl., 1921.
Staudinger: Komm. z. BGB. 7. bis 8. Aufl., 1912.
v. Tuhr: Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1910; Bd. 12, 1918.
„ Die unwiderrufliche Vollmacht. In Straßb. Festschr. f. Laband 1908, S. 43 ff.
Volmer: Zur Frage der Eintragungsfähigkeit der Pfändung und Überweisung des Berichtigungsanspruchs. Gruchot 59, S. 624 f.
Weinhausen: Die Sicherungsübereignung. Berlin 1928.
Wienstein: Bemerkungen zum Begriff des fiduziarischen Rechtsgeschäfts. Gruchot 46, S. 241 ff.; 48, S. 474 ff.
„ Der Begriff der Inkassozession. D. J. Z. 1905, Spalte 833 ff.
„ Neues vom fiduziarischen Rechtsgeschäft. Leipz. Zeitschr. 1908, Sp. 881 f.
Wilutzky: Über fiduziarische Rechtsgeschäfte. J. W. 1901, S. 710 ff.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pand.-Rechts I. 8. Aufl., 1900.
Wolff: Sachenrecht. 5. Bearb., 1923.
Zitelmann: Ausschluß der Widerrechtlichkeit. Arch. f. ziv. Prax. 99, S. 68 ff.

§ 1.

Einleitung.

Im Verkehrsleben ist es eine häufige Erscheinung, daß der Gläubiger seine Forderung nicht selbst einziehen, sondern durch dritte Personen eintreiben lassen will.

Am nächsten liegt es, daß er dem Dritten zur Einziehung der Forderung Vollmacht erteilt. Es sind aber viele Gründe dafür denkbar, daß er mit seiner eigenen Person nicht hervortreten will. Da bei der Vollmacht der Bevollmächtigte stets im Namen des Vollmachtgebers handelt, will er zu einem Rechtsinstitut greifen, das dem Dritten die Möglichkeit gibt, die Forderung im eigenen Namen gegenüber dem Schuldner geltend zu machen.

Zwei Wege bieten sich ihm hier: der Weg der fiduziarischen Abtretung mit der obligatorischen Verpflichtung auf Ablieferung des Geleisteten oder auf Rückübertragung der Forderung (Inkassozession) und der Weg der bloßen Einziehungsermächtigung.

Die Möglichkeit der fiduziarischen Inkassozession ist heute allgemein anerkannt. Um die Rechtswirksamkeit der Einziehungsermächtigung dagegen herrscht auch heute noch lebhafter Streit. Ihre Zulassung wird aber durch die Bedürfnisse des Verkehrs dringend erfordert.

Die vorliegende Arbeit bezweckt, zur Aufdeckung der gesetzlichen Grundlagen der Einziehungsermächtigung beizutragen. Um das Wesen der Einziehungsermächtigung klar zu erkennen, ist es jedoch unerläßlich, zunächst auf Begriff und Rechtsnatur der fiduziarischen Inkassozession einzugehen.

I. Abschnitt.

Die fiduziarische Inkassozession.

§ 2.

Begriff und Anwendungsfälle des fiduziarischen Rechtsgeschäfts.

Die Inkassozession ist eine Unterart des fiduziarischen Rechtsgeschäfts. Von fiduziarischen Rechtsgeschäften, deren Name sich von dem römischen Rechtsinstitut der fiducia herleitet, spricht man dann, wenn jemand einem andern ein Recht überträgt, ohne daß diese Rechtsübertragung durch den wirtschaftlichen Zweck, der verwirklicht werden soll, gerechtfertigt wird. Die Parteien wählen ein Rechtsgeschäft, dessen gewollte Rechtswirkung sich mit dem wahren Vermögenszweck nicht deckt, sondern über ihn hinausgeht. Der Erwerber (Fiduziar) erhält eine Rechtsstellung, die dem wahren Zweck des Geschäfts nicht entspricht. Er wird Inhaber des Rechts, dem Fiduzianten gegenüber ist er jedoch obligatorisch verpflichtet, seine Rechtsmacht nur zu bestimmten Zwecken zu verwenden, und dieser vertraut ihm, daß er seine Rechtsstellung nicht mißbrauchen werde. Überschreitet der Fiduziar diese Grenzen, verfügt er über das Recht zu einem nicht beabsichtigten Zweck, so wird er dem Fiduzianten gegenüber zwar schadenersatzpflichtig, Dritten gegenüber ist jedoch die Wirksamkeit einer solchen Verfügung ungeschmälert. Demnach ist der Kreis seines rechtlichen Könnens weiter als der Kreis seines rechtlichen Dürfens[1]).

Durch fiduziarische Rechtsgeschäfte können verschiedenartige Rechte übertragen werden. So können Eigentum oder andere dingliche Rechte übertragen, Forderungen können abgetreten, abstrakte Verpflichtungen, z. B.

[1]) v. Tuhr, Allg. Teil, Bd. II, 2 1918, § 77 I, S. 186; Enneccerus, Allg. Teil 1924, § 139 II, S. 374; Regelsberger, Pandekt. I, 1893, S. 518; Staudinger, Allg. Teil 1912, S. 402; v. Lang: Arch. f. Ziv.Prax. 83, S. 337.

durch Ausstellung eines Wechsels können eingegangen werden[2]).

Die fiduziarischen Geschäfte können auch zu sehr verschiedenen Zwecken vorgenommen werden[3]). Zunächst wird eine fiduziarische Veräußerung oft getroffen, um dritte Personen über den Stand eines Vermögens zu täuschen unter der Vereinbarung, daß der Erwerber den Gegenstand zurückgeben soll, wenn die Gefahr der Zwangsvollstreckung beseitigt ist. Ferner wird sie zur Sicherheitsleistung für Forderungen verwandt. Es wird zur Sicherung einer Forderung Eigentum übertragen (Sicherungsübereignung) oder eine Forderung wird zum Sicherungszweck abgetreten (Sicherungszession) mit der Verabredung, daß der Fiduziar sich bei Fälligkeit seiner Forderung aus der Sache oder der Forderung befriedigen kann oder, wenn er anderweitig befriedigt ist, die Sache oder die Forderung wieder zurückübertragen soll. Recht häufig ist der Fall, daß eine Forderung zum Zwecke der Einziehung für den Fiduzianten übertragen wird, um die Einziehung der Forderung zu erleichtern. Am gebräuchlichsten ist dieser Vorgang beim Indossament. Aber auch bei gewöhnlichen Forderungen wird zwecks Einziehung die fiduziarische Abtretung vereinbart (Inkassozession).

§ 3.

Der Begriff der Inkassozession.

Bei der Inkassozession wird eine Forderung abgetreten mit der Abrede, daß die Abtretung nicht zur Befriedigung führen soll, sondern daß der Erwerber die Forderung im eigenen Namen, aber für Rechnung des Zedenten einziehen soll. Es liegt eine wirkliche Abtretung vor. Das volle Gläubigerrecht geht auf den Zessionar über, dieser ist nur im Verhältnis zum Zedenten obligatorisch verpflichtet, die Forderung lediglich zum Zwecke der Einziehung auszuüben und nicht in anderer Weise über sie zu verfügen. Um einen

[2]) v. Tuhr, a. a. O., S. 187.

[3]) Enneccerus, a. a. O., S. 375/6; v. Tuhr, a. a. O., S. 187.

wirtschaftlichen Erfolg, die Einziehung der Forderung, zu erreichen, wird ein Mittel angewandt, dessen Rechtsfolgen über jenen Erfolg hinausgehen. Der Unterschied zwischen Mittel und Erfolg gliedert die Inkassozession in die Reihe der fiduziarischen Geschäfte.

Als wirkliche Zession ist die Inkassozession ein abstrakter Vertrag. Durch die Übertragung der Forderung wird ein Rechtserfolg herbeigeführt, der von dem der Abtretung zugrundeliegenden Rechtsverhältnis, dem Kausalverhältnis, vollkommen unabhängig ist. Zur Gültigkeit der Abtretung wird nur die Willenseinigung der Parteien über die Rechtsverschiebung verlangt. Die Zweckvereinbarung liegt außerhalb des Geschäftsinhalts. Es liegt demnach ein wirklicher Forderungsübergang vor, und die Vereinbarung zwischen dem Inkassozedenten und dem Inkassozessionar, daß dieser seine Gläubigerstellung nur zur Einziehung der Forderung benutzen darf, wirkt lediglich obligatorisch[1]). Bei Verletzung dieser Verpflichtung, bei Mißbrauch der Gläubigerstellung ist der Fiduziant nur auf einen Schadensersatzanspruch angewiesen. Alle Verfügungen, die der Inkassozessionar über die Forderung vornimmt, mögen sie auch noch so sehr gegen die mit dem Inkassozedenten getroffenen Abmachungen verstoßen, sind sowohl jedem Dritten, wie auch dem Fiduzianten gegenüber voll wirksam[2]).

§ 4.

Der Unterschied der Inkassozession vom Scheingeschäft.

Man hat früher die rechtliche Unzulässigkeit der Inkassozession damit zu begründen versucht, daß man sie als simuliertes Geschäft hinstellte. Man führte an, die Erklärung der Parteien, die Forderung solle auf den Fiduziar übergehen, sei nur zum Schein abgegeben in Wirklichkeit hätten die Parteien den Rechtsübergang nicht gewollt.

[1]) RG. 99, 143; 102, 386.

[2]) Enneccerus, a. a. O., S. 375; Planck-Siber, Schuldverh. Allg. Teil, 1914, § 398, S. 550; v. Tuhr, a. a. O., S. 103; Lilienthal, S. 7, § 1902, S. 542.

Die fiduziarischen Geschäfte sind jedoch vom simulierten Geschäft grundverschieden.

Ein simuliertes Geschäft liegt dann vor, wenn eine Willenserklärung einem andern gegenüber abzugeben ist und beide Teile darüber einig sind, daß das Erklärte nicht ernstlich gewollt sei, daß mithin die Willenserklärung, regelmäßig um Dritte zu täuschen, nur zum Schein abgegeben werde. Es liegt eine Divergenz zwischen Wille und Erklärung vor[1]). Ein solches Scheingeschäft ist nach § 117 Abs. 1 BGB. nichtig.

Bei der Inkassozession und überhaupt bei jedem fiduziarischen Geschäft besteht zwar auch ein Gegensatz, aber nicht zwischen Wille und Erklärung, sondern zwischen dem verfolgten wirtschaftlichen Zweck und dem juristischen Mittel. Das Geschäft ist ernstlich gewollt, die Parteien wollen gerade die Rechtswirkung herbeiführen. Ein simuliertes Geschäft liegt nicht vor.

Auch ein dissimuliertes Geschäft ist bei der Inkassozession nicht vorhanden. Von einem dissimulierten Geschäft spricht man dann, wenn die Parteien ein Rechtsgeschäft vornehmen, das in der von ihnen bestimmten Rechtsform mit ihrem Willen nicht in Einklang steht, zugleich aber ein anderes in Wirklichkeit gewolltes Rechtsgeschäft verbergen soll. Auch hier stimmen Wille und Erklärung der Parteien nicht überein. Der Unterschied vom simulierten Geschäft besteht aber darin, daß hier wirklich eine Rechtswirkung erstrebt wird, während bei jenem in Wirklichkeit überhaupt keine gewollt wird. Daher soll nach § 117 Abs. 2 BGB. beim dissimulierten Geschäft die wirklich beabsichtigte Rechtsveränderung eintreten, das „verdeckte“ Geschäft soll gültig sein[2]).

Verschiedentlich ist behauptet worden, daß die Inkassozession ein solches dissimuliertes Rechtsgeschäft dar-

---

[1]) Enneccerus, a. a. O., § 156,2, S. 428; RGRKom. Allg. T. 1928, § 117, Anm. 1.

[2]) RGRK., a. a. O., § 117, Anm. 1, S. 155; Oertmann, Allg. Teil, 5. Aufl. 1928, § 117, Anm. 5.

stelle. Nach dieser Ansicht sei die Vereinbarung der Parteien, daß die Forderung auf den Inkassozessionar übergehen solle, nur zum Schein abgegeben, in Wirklichkeit sei dieser Rechtsübergang aber gar nicht gewollt, der Erwerber solle vielmehr nur bevollmächtigt sein, die Forderung einzuziehen. Das verdeckte Geschäft sei also die Vollmachtserteilung, die nach § 117 Abs. 2 BGB. zu gelten habe, die Abtretung dagegen sei nichtig.

Diese Lehre ist später ausführlicher zu widerlegen. Hier genügt es darauf hinzuweisen, daß bei der Inkassozession kein anderes Geschäft verborgen wird. Die Erklärungen sind nicht zum Schein abgegeben, die Abtretung ist vielmehr ernstlich gewollt. Daß der verfolgte wirtschaftliche Zweck den vollen Rechtsübergang nicht erfordert, steht dem nicht entgegen.

Im einzelnen Falle kann es allerdings vorkommen, daß die Parteien, meistens aus unlauteren Gründen, die Zession nicht ernstlich wollen und daß es ihnen nur darauf ankommt, nach außen hin den Anschein zu erwecken, daß ein Dritter Gläubiger der Forderung sei. Dann liegt ein Scheingeschäft vor, das, wenn überhaupt keine Rechtswirkung erstrebt war, nichtig ist. Versteckt sich aber unter der Scheinzession eine bloße Einziehungsvollmacht, so ist diese gültig.

§ 5.

Die Zulässigkeit der Inkassozession.

Die Rechtswirksamkeit der fiduziarischen Inkassozession ist fast allgemein anerkannt worden. Auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat sie bestätigt. Die Inkassozession hat ihre Anerkennung, wenn auch nur indirekt, durch das Gesetz gefunden. § 223 Abs. 2 BGB. bestimmt u. a., daß „die Rückübertragung eines Rechts, das zur Sicherung eines Anspruchs abgetreten ist, nicht auf Grund der Verjährung des Anspruchs gefordert werden kann". Durch diese Gesetzesbestimmung ist das Rechtsinstitut der Sicherungsabtretung von Forderungen und

damit auch die fiduziarische Zession überhaupt für zulässig erklärt worden. Daher kann an der Gültigkeit der Inkassozession als einer Unterart der fiduziarischen Zession ernstlich nicht gezweifelt werden.

Ihre Rechtswirksamkeit ergibt sich aber auch ganz allgemein aus der abstrakten Natur der Abtretung.

Die Gegner der Inkassozession führen als Argument für die rechtliche Unzulässigkeit an, daß die fiduziarische Zession keine ausdrückliche Regelung in gesetzlichen Vorschriften gefunden habe[1]). Dieses Argument wird jedoch durch den Hinweis auf § 223 Abs. 2 BGB. widerlegt, und selbst wenn man annimmt, daß das fiduziarische Geschäft in dieser Bestimmung nur „gestreift"[2]) werde, kann dieser Grund nicht ausschlaggebend sein. Denn darin liegt doch eine Erwähnung und Anerkennung. Außerdem ist nicht nur das geltendes Recht, das den Niederschlag in dem Wortlaut unserer Gesetze gefunden hat. Neben dem geschriebenen Recht gibt es noch viele bedeutsame ungeschriebene Rechtssätze.

Stammler[3]) beruft sich für seine ablehnende Stellung gegenüber der Inkassozession auf § 409 BGB. Er hält die fiduziarische Zession für ein unzulässiges „Mittelding zwischen einer gewöhnlichen Zession und einer Vollmacht". Der Schuldner sei daher berechtigt, diese Ungültigkeit nach § 409 BGB., wie bei einer angezeigten, aber nicht erfolgten Abtretung einzuwenden, da diese Bestimmung dem Schuldner nur das Recht, aber nicht die Pflicht gebe, solchen Erwerber als Gläubiger zu betrachten. Aus dieser Gesetzesvorschrift geht aber die Unzulässigkeit der Inkassozession, die kein Mittelding zwischen Zession und Vollmacht, sondern eine wirkliche Abtretung ist, nicht hervor. § 223 Abs. 2 BGB. spricht gleichfalls gegen die Ansicht von Stammler[4])

[1]) Wilutzki, J.W. 1901, S. 711; Wienstein, Gruchot 48, S. 485 ff.; Dietenberger, Fid. Zess. u. Einz. Ermächtg., S. 22.

[2]) Wilutzki, a. a. O., S. 711.

[3]) Stammler, R. d. Schuldverh., S. 194 ff.

[4]) Hellmann, Kr.V.Schr. 41, 238; Staub, Komm. z. HGB. 1921, § 222, Anm. 16/23, S. 929 ff.

Die Möglichkeit, die Inkassozession als fiduziarische Zession zu konstruieren, wird ferner geleugnet von Schöninger[5]). Er hält es für juristisch nicht denkbar, daß neben einer wirklichen Abtretung ein Auftragsverhältnis bestehen könne. Eine Zession könne nur auf Grund einer definitiven Veräußerung beruhen. Würde ein definitiver Forderungsübergang nicht bezweckt, sondern sei, wie beim Auftrag, der Beauftragte verpflichtet, den eingezogenen Betrag der Forderung an den Auftraggeber abzuführen, so würde ein materieller Rechtsübergang nicht eintreten. Jede andere Auffassung würde dem Wesen der Zession widersprechen. Die Zession sei simuliert, es läge in Wirklichkeit ein „verdecktes Vollmachtsverhältnis" vor. Dieselbe Ansicht vertreten Wienstein[6]) und Wilutzky[7]). Wienstein bezeichnet die Inkassozession als eine „Vollmachtserteilung im Gewande der Abtretung", und Wilutzky nennt sie „eine Art, allenfalls eine besondere Unterart des verdeckten Geschäftes".

Die Ansicht dieser Schriftsteller, die Inkassozession sei keine wirkliche Zession, sondern nur eine verdeckte Vollmachtserteilung, ist unhaltbar. Sie widerspricht der abstrakten Natur der Zession und trägt dem Willen der Parteien in keiner Weise Rechnung. Denn das charakteristische Merkmal der Vollmacht ist, daß der Bevollmächtigte in fremdem Namen auftritt. Durch die Vereinbarung der Inkassozession wollen die Parteien dieses aber gerade vermeiden.

Eine weitere Lehrmeinung, die die Zulässigkeit der Inkassozession als fiduziarischen Zession bezweifelt, ist die Theorie der Legitimationsübertragung. Ihr Hauptvertreter ist Staub[8]). Er entwickelt seine Auffassung ausführlich im Aktienrecht, bei der Behandlung der Legitimations-

[5]) Im Arch. f. Ziv.Prax. 96, S. 163 ff.

[6]) In Gruchot 48, S. 477 ff.; Leipz. Zeitschr. 1908, S. 881; D. J.Z. 1905, S. 883 ff.

[7]) J.W. 1901, S. 710.

[8]) a. a. O., § 222, Anm. 16/23; Schmidt, Gruchot 57, S. 240 ff.;

übertragung bei der Aktie, will sie aber auch bei der Abtretung von Forderungen zur Einziehung angewandt wissen. Er erkennt grundsätzlich die Zulässigkeit fiduziarischer Übertragungen an, unterscheidet von diesen aber die Inkassozession. Bei dieser werde die Form der Abtretung nicht benutzt, um den Zessionar zum Gläubiger zu machen, sondern um ihn nur nach außen zu legitimieren. Es solle ihm nur die Möglichkeit gegeben werden, das Recht auszuüben, ein Gläubigerwechsel erfolge aber nicht.

Bei der Kritik dieser Ansicht soll hier unerörtert bleiben, ob es rechtlich überhaupt zulässig ist, zu vereinbaren, daß ein Dritter, ohne Gläubiger zu sein, die Forderung im eigenen Namen geltend machen soll. Dieser Untersuchung ist der zweite Abschnitt der vorliegenden Arbeit gewidmet. Die Theorie der Legitimationsübertragung ist dann unrichtig, wenn sie annimmt, in jedem Fall würde diese Rechtserscheinung vorliegen. Dabei wird sie dem Parteiwillen nicht gerecht, denn es ist sehr wohl möglich, daß die Parteien gerade den vollen Übergang des Gläubigerrechts ernstlich beabsichtigen.

Man hat gegen die Zulässigkeit der Inkassozession endlich noch eingewandt, sie könne der Verkehrssicherheit gefährlich werden, da sie zu „Schiebungen" verwandt werde[9]). Allerdings können Mißbräuche vorkommen. Ihnen wird aber durch die Vorschrift des § 138 BGB. begegnet, und außerdem wird nicht selten in diesen Fällen ein nach § 117 BGB. nichtiges Scheingeschäft vorliegen[10]).

§ 6.

Die Rechtsnatur der Inkassozession.

Die Untersuchung der Rechtsnatur der Inkassozession hat nicht nur theoretische, sondern auch erhebliche prak-

---

Wienstein, D.J.Z. 1905, S. 833 ff.; Leipz. Zeitschr. 1908, S. 881; Jacoby, Wertpapier als Legitimationsmittel, S. 56 ff.

[9]) Planck-Siber, a. a. O., § 398, S. 550.

[10]) Jäger, Kom. z. Konkursord. 5. Aufl. 1914, § 43, Anm. 39, S. 672.

tische Bedeutung. Hat man doch gerade aus ihr das Aussonderungsrecht des Inkassozedenten im Konkurse des Inkassozessionars und die Widerspruchsklage des Inkassozedenten nach § 771 ZPO. zu begründen versucht. Drei Ansichten stehen sich hier gegenüber, die Theorie der relativen Rechtsübertragung, die Theorie der bedingten Rechtsübertragung und die absolute Theorie.

1. Die Theorie der relativen Rechtsübertragung.

Die Anhänger dieser Theorie[1]) behaupten, der Inkassozessionar sei zwar Gläubiger der Forderung geworden, aber nur nach außen, während im Innenverhältnis der Inkassozedent Gläubiger geblieben sei, der Inkassozessionar also die Stellung eines Bevollmächtigten habe. Der Fiduziar habe ein „relatives", ein „geteiltes" Gläubigerrecht. Man hat einen solchen relativen Rechtserwerb mit einem Hinweis auf die §§ 135, 136 BGB. zu begründen versucht. Verstoße eine Verfügung gegen ein relatives Veräußerungsverbot im Sinne dieser Bestimmung, so sei die Rechtslage die gleiche, wie bei der fiduziarischen Inkassozession.

Diese Theorie ist nicht anzuerkennen. Zunächst ist es zweifelhaft, ob die Fälle der §§ 135, 136 BGB. als Fälle relativer Rechtszuständigkeit angesehen werden können[2]). Aber selbst, wenn man dieses annimmt, können sie zur Begründung der Theorie der relativen Rechtsübertragung bei der Inkassozession nicht verwertet werden. Denn beim Vorliegen eines Veräußerungsverbotes tritt die Wirkung der Verfügung kraft Gesetzes ein. Damit ist aber nicht gesagt, daß relative Rechtsübertragung durch Parteiwillkür geschaffen werden kann. Die Rechtsfigur der „Duplizität des Rechtssubjekts"[3]) ist vielmehr etwas derart abnormes,

---

[1]) Jäger, a. a. O., 2. bis 3. Aufl., § 43, Anm. 17 ff.; Wolff, Sach.R. 1924, § 88 V.; Dernburg, Pand. I, § 300, Kipp z. Windscheid Pand. I, S. 433; RG. 53, S. 416 ff.; J.W. 1906, S. 923.

[2]) Vgl. Oertmann, Dogm. J. 66, S. 130 ff.

[3]) v. Tuhr, a. a. O. I., 1, S. 72.

daß man sie nur dort annehmen kann, wo das Gesetz sie ausdrücklich bestimmt. Ferner ist im Gebiete der Leistungsgeschäfte die Vertragsfreiheit ausgeschlossen. Das Gesetz regelt auch ihre Wirkung ganz genau[4]). Die Theorie der relativen Rechtsübertragung widerspricht aber auch der juristischen Logik. Nach dieser Theorie erlangt bei der fiduziarischen Übereignung der Fiduziar relatives Eigentum. Danach gebe es ein relativ wirksames dingliches Recht, und da das dingliche Recht eine Art des absoluten Rechts ist, ein relativ wirksames absolutes Recht. Dieses Ergebnis ist nach juristischer Logik widersinnig[5]). Auch das Reichsgericht[6]) wendet sich gegen diese Lehre und führt aus, daß sich „in dieser Weise der Eigentumsbegriff nicht spalten lasse". Dem ist beizupflichten. Ein relatives Eigentum ist eine juristische Unmöglichkeit. „Es gibt kein Eigentum nach innen und nach außen, geschweige denn ein Eigentum, das nach außen oder nach innen zu anders wäre."[7]) Ist bei der fiduziarischen Übereignung die Theorie der relativen Rechtsübertragung unbrauchbar, so muß dies auch für die fiduziarische Zession gelten.

2. Die Theorie der resolutivbedingten Rechtsübertragung.

Die Theorie der resolutivbedingten Rechtsübertragung ist von A. Schultze[8]) aufgestellt worden. Schultze unterscheidet eine römische und eine germanische Treuhänderschaft. Während der römische Fiduziar mit einer Rechtsmacht ausgestattet wird, die über den wirtschaftlichen

[4]) Schöny, Treuhandgeschäfte, Arch. f. B.R. Bd. 35, S. 323; v. Tuhr, a. a. O. I, 1, S. 72; Oertmann, Dogm. 66, S. 132.

[5]) Dietenberger, S. 25.

[6]) RG. 45, S. 86.

[7]) Werthauer, in Grünhuts Zeitschr. 13, S. 623; Kohler, Lehrb. I, S. 158; v. Tuhr, a. a. O., S. 72; Raape, d. gesetzl. Veräuß. Verb. 1908, S. 41; Lang, Arch. f. Ziv.Prax. 83, S. 343 ff.; Schöninger, a. a. O., S. 163; Wienstein, Gruch. 46, S. 241 ff.

[8]) Dogm. Jahrb. 43, S. 1 ff.; Schöny, Arch. f. Bürg. R. 35, S. 328 ff.

Zweck des Rechtsgeschäfts hinausgeht und der Fiduziant nur ein obligatorisches Ausgleichsrecht besitzt, wurde die Rechtsmacht des germanischen Treuhänders von vornherein ihrem Zweck angepaßt und eingeengt. Nach dem Vorbilde der deutsch-rechtlichen Treuhänderschaft gibt diese Theorie dem Inkassozessionar zwar auch ein volles Gläubigerrecht, beschränkt es aber durch die Hinzufügung einer Resolutivbedingung im Sinne der §§ 158 bis 161 BGB., daß jeder Mißbrauch der Forderung, sowie das Ende des Inkassoauftrags den Rückfall der Forderung an den Inkassozedenten ohne weiteres zur Folge hat.

Die Abtretung ist nicht bedingungsfeindlich, infolgedessen steht auch nichts im Wege, daß die Parteien der Inkassozession eine solche auflösende Bedingung hinzufügen[9]). Nicht angängig aber ist es, bei jeder fiduziarischen Zession anzunehmen, daß diese Resolutivbedingung stillschweigend von den Parteien vereinbart worden sei[10]). Dies wäre eine bloße Fiktion. Eine solche Abrede liegt dermaßen außerhalb der Gepflogenheiten des Verkehrs, daß keine Vermutung für ihr Vorhandensein spricht. Man wird im Gegenteil verlangen müssen, daß besondere Umstände dargetan werden, die diesen Schluß rechtfertigen[11]).

3. Die absolute Theorie.

In der Wissenschaft herrschend und durch die Praxis bestätigt ist die Theorie der unbeschränkten und unbedingten Rechtsübertragung[12]). Nach ihr ist die Inkassozession als fiduziarische Zession eine wirkliche Abtretung im Sinne

---

[9]) Enneccerus, a. a. O. I, 1, § 135; Kohler, a. a. O., S. 429; Planck-Siber, a. a. O., S. 551; RG. 55, 394.

[10]) Schöny, a. a. O., S. 328.

[11]) Ludewig, Ermächtigung, S. 9.

[12]) Enneccerus, a. a. O. I, 2, S. 233; Planck-Siber, a. a. O., S. 751; v. Tuhr, a. a. O. II, 2, S. 185; RGRK., a. a. O. Bd. 1 vor § 104, S. 123; Regelsberger, Pand. I, S. 519; Crome, System 1900, Bd. 1, § 76; Müller, Seuff. Bl. 72, S. 967 ff.; Lilienthal, D.J.Z. 02, S. 542; RG. 79, 185; 89, 195; 99, 143; 102 386.

des § 398 BGB. Der Inkassozessionar erlangt unbedingtes und unbeschränktes Gläubigerrecht. Nur obligatorisch ist er dem Inkassozedenten gegenüber verpflichtet, jeden Mißbrauch der Forderung zu unterlassen und sie lediglich zum Zwecke der Einziehung zu verwerten. Verstößt er gegen die Verpflichtung, so sind seine Verfügungen über die Forderung gleichwohl jedem Dritten wie dem Inkassozedenten gegenüber voll wirksam. Auch der Widerruf des Einziehungsauftrags kann seine Rechtsstellung nicht erschüttern. Der Inkassozedent hat nur einen obligatorischen Anspruch auf Rückübertragung der Forderung gemäß § 812 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Diese Theorie ist allein haltbar. Sie berücksichtigt den Willen der Parteien, die bewußt den vollen Rechtsübergang herbeiführen wollen, sie ist auch mit der abstrakten Natur der Abtretung in Einklang zu bringen.

§ 7.

Die Wirkungen der Inkassozession.

Durch die Inkassozession wird die Rechtsstellung des Schuldners nicht verschlechtert. Er kann bei ihr dieselben Einwendungen geltend machen, wie bei jeder gewöhnlichen Abtretung, insbesondere stehen ihm sämtliche Einwendungen gemäß § 404 BGB. zu.

Für die Stellung des Inkassozessionars im Prozesse ergeben sich keine Schwierigkeiten. Er ist Gläubiger der Forderung und daher zu einer Klage gegen den Schuldner aktiv und passiv legitimiert. Das Urteil erlangt Rechtskraft für und gegen ihn.

Der Inkassozedent ist im Prozeß nicht Partei, das Urteil wirkt daher auch nicht gegen ihn. Er hat im Prozeß gegen den Schuldner die Stellung eines Dritten und kann darum auch als Zeuge vernommen werden. Allerdings ist er gemäß § 393 Ziff. 4 ZPO. vorerst unbeeidigt zu vernehmen. Schwierigkeiten bereitet die Inkassozession im Konkurse. Im Konkurse des Inkassozedenten ergeben sich allerdings keine

besonderen Eigentümlichkeiten, da er sein Gläubigerrecht an der Forderung aufgegeben hat, die Forderung daher nicht zur Konkursmasse gehört. Fraglich aber ist es, ob im Konkurse des Inkassozessionars dem Inkassozedenten nach § 43 KO. ein Aussonderungsrecht zuzubilligen ist oder ob die Forderung in die Konkursmasse fällt. Nach § 43 KO. bestimmen sich die Ansprüche auf Aussonderung eines dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Gegenstandes aus der Konkursmasse auf Grund eines dinglichen oder persönlichen Rechts nach den außerhalb des Konkursverfahrens geltenden Gesetzen. Nach der hier vertretenen Ansicht geht die dem Inkassozessionar übertragene Forderung unbeschadet des fiduziarischen Charakters des Inkassoabkommens in das Vermögen des Zessionars über. Demnach würde sich die Folgerung ergeben, daß die Forderung der Konkursmasse unterfällt. Der Inkassozedent wäre nicht aussonderungsberechtigt. Denn er hat kein dingliches oder persönliches Recht im Sinne des § 43 KO., sein obligatorisches Recht auf Ablieferung des Geleisteten kann ein Aussonderungsrecht nicht begründen.

Diese Ablehnung des Aussonderungsrechts des Inkassozedenten entspricht dem Wortlaut des § 43 KO. und ist juristisch folgerichtig. Auf der andern Seite liegt es auf der Hand, daß sie im höchsten Maße der Billigkeit wie der Verkehrsanschauung widerstreitet. Es widerspricht unserem Rechtsempfinden, wenn eine nur zur Einziehung abgetretene Forderung dem Zugriff der Gläubiger des Inkassozessionars unterliegen sollte. Von dieser Erwägung ausgehend hat dann auch die herrschende Lehre und die Rechtsprechung ein Aussonderungsrecht dem Inkassozedenten unter verschiedener, allerdings kaum stichhaltiger Begründung zugebilligt. Die Vertreter eines solchen Aussonderungsrechts können sich für die Richtigkeit ihrer Ansicht auf die Entstehungsgeschichte des § 43 KO. berufen. In den Beratungen der Reichstagskommission von 1875/6 wurde ausdrücklich festgelegt, daß durch den § 35 (jetzt § 43) KO. die Zurückforderung von Wechseln und anderen durch Indossament übertragbaren Urkunden nicht ausgeschlossen sein sollte,

sofern sie nur zur Einziehung übertragen worden sind[13].) Eine Reihe von Schriftstellern versucht durch Analogie bestimmter Fälle, bei denen die Aussonderung auf obligatorischen Beziehungen beruht, ein Aussonderungsrecht für den Inkassozedenten zu begründen. Solche Fälle sind in dem § 392 Abs. 2 HGB., ferner in dem § 44 und 46 KO. festgelegt[14]). So bestimmt § 392 Abs. 2 HGB., daß Forderungen aus einem Geschäft, das der Kommissionär abgeschlossen hat, schon vor der Abtretung im Verhältnis zwischen Kommittenten und Kommissionär oder dessen Gläubigern als Forderungen des Kommittenten gelten sollen. Eine Verallgemeinerung dieses in dieser Bestimmung ausgesprochenen Gedankens ist jedoch kaum zulässig. Es ist eine Ausnahmevorschrift für das Kommissionsgeschäft, und auch die Reichstagskommission hat es ausdrücklich abgelehnt, diese Regel für einen allgemein gültigen Satz des BGB. zu erklären[15]).

Das Reichsgericht[16]) hat in konstanter Rechtsprechung die Zulässigkeit des Aussonderungsrechtes damit vertreten, daß hinsichtlich des § 43 KO. nicht sowohl die formelle und juristische Zugehörigkeit, als vielmehr die materielle und wirtschaftliche Zugehörigkeit zum Vermögen entscheidend sein müsse. Auch bei der Inkassozession müsse der wirtschaftliche Gesichtspunkt vorangestellt und die Forderung als zum Vermögen des Inkassozedenten gehörig behandelt werden.

Diese Begründung des Reichsgerichts ist anfechtbar. Zunächst ist allgemein anerkannt, daß das „gehören" des § 43 in technisch-juristischem Sinne und nicht in wirtschaftlichem Sinne zu verstehen ist[17]). Sodann ist es ganz

[13]) Jäger, K.O. 5. Aufl., § 43, Anm. 40, S. 672.

[14]) Oertmann, Dogm. Jahrb. Bd. 66, S. 296; Kohler, Leitfad. d. deutsch. K.R. 1903; S. 117; Brütt, Die abstrakte Forderung 1908, S. 9; Regelsberger, Pand. I, S. 518 ff.; Ludewig, Ermächtigung, S. 88.

[15]) Jäger, a. a. O., Anm. 53, S. 679.

[16]) RG. 45, 87, 62, 198, 79, 121, 84, 218, 91, 279; Gruchot 49, S. 901.

[17]) Jäger, a. a. O., § 1, Anm. 53; § 43, Anm. 40.

allgemein nicht zu begrüßen, wenn das Reichsgericht für die Auslegung juristischer Begriffe wirtschaftliche Momente ausschlaggebend sein läßt. Mit besonderer Schärfe, aber nicht zu Unrecht, wendet sich hiergegen Goltz[18]): „Logischerweise haben für die juristische Beurteilung juristische Begriffe zu gelten, und es wäre ein bedauerliches Anzeichen für die Nichtbrauchbarkeit unseres Rechts, wenn es nicht zur Rechtsprechung angewandt werden dürfte."

Trotz dieser Bedenken wird man dem Ergebnis, zu dem die reichsgerichtliche Rechtsprechung führt, beipflichten müssen. Es entspricht dem Rechtsempfinden und den Bedürfnissen des Verkehrs, ein Aussonderungsrecht dem Inkassozedenten zuzubilligen. Man wird annehmen müssen, daß dem Gerichtsgebrauch in diesem Falle rechtsbegründende Kraft zukommt, denn alle Erfordernisse des Gewohnheitsrechtes, die gleichförmige, dauernde, allgemeine Übung mit dem Willen, daß es Recht sei, sind erfüllt[19]).

Mit dem Streitfalle, ob im Konkurse des Inkassozessionars dem Inkassozedenten ein Aussonderungsrecht zusteht, ist die Frage verwandt, ob dem Inkassozedenten die Klage aus § 771 ZPO. zu gewähren ist, wenn ein Gläubiger des Inkassozessionars die Forderung bei diesem pfänden und überweisen läßt. § 771 ZPO. räumt demjenigen die Geltendmachung eines Widerspruchs gegen die Zwangsvollstreckung im Wege der Klage ein, der behauptet, daß er an dem Gegenstand der Zwangsvollstreckung ein die Veräußerung hinderndes Recht besitze. Ein lediglich obligatorischer Anspruch auf Rückübertragung der Forderung oder auf Abführung des Eingezogenen, wie er bei der Inkassozession gegeben ist, vermag die Widerspruchsklage nicht zu begründen.[20]) Bei streng logischem Vorgehen müßte demnach

[18]) Das fiduziarische Rechtsgeschäft, S. 89; Schöny, Treuhandgeschäfte, Arch. f. Bürgerl. Recht Bd. 35, S. 339.

[19]) Leonhard, Fr., Lehrb. in kurz. Sätzen, S. 6.; Enneccerus, Bd. 1, § 35, S. 81/2; Jäger, a. a. O., § 43, Anm. 41; Wolff, Sach. R. § 88, V. Gegen d. Annahme eines Gewohnheitsrechtes: v. Tuhr, II, 2, S. 72; Schöninger, a. a. O., S. 499; Lang, Arch. f. zivil. Prax. 83, S. 336.

[20]) RG. 84, 215 ff.

auch hier die Widerspruchsklage dem Inkassozedenten versagt werden. Diesen Weg hat jedoch die Rechtslehre[21]) und die Rechtsprechung[22]) nicht eingeschlagen. Es ist anerkannt, daß die rechtliche Beurteilung trotz der Verschiedenheit der Klage die gleiche sein müsse, wie im Falle der Aussonderung im Konkurse des Inkassozessionars. Das Reichsgericht hat hier gleichfalls wieder die wirtschaftliche Lage des Falles entscheidend sein lassen. Auch hier wird man also dem Inkassozedenten ein Widerspruchsrecht durch Gewohnheitsrecht begründet zuerkennen müssen.

II. Abschnitt.

Die Einziehungsermächtigung.

Die fiduziarische Inkassozession mit ihrer Übertragung des vollen Gläubigerrechts kann dem Inkassozedenten sehr gefährlich werden. Gegen einen Mißbrauch der lediglich zur Einziehung abgetretenen Forderung durch den Inkassozessionar ist er nur geschützt durch einen obligatorischen Anspruch auf Schadenersatz, der in vielen Fällen, gerade bei Personen, die sich gewerbsmäßig mit dem Einziehen von Forderungen beschäftigen, erfolglos bleiben wird[1]). Den Schwierigkeiten, die sich wegen der Gefahr ungetreuer Verfügungen des Inkassozessionars ergeben, könnte man dadurch begegnen, daß man ein Rechtsinstitut zuläßt, bei dem ein Wechsel des Gläubigerrechts an der Forderung überhaupt nicht stattfindet und trotzdem ein Dritter befugt

---

[21]) Foerster-Kann, Kom. ZPO. 3. Aufl. 1926, § 771, S. 560; Gaupp-Stein-Jonas, Kom. ZPO. 1926. § 771; dagegen nur v. Seuffert. Kom. ZPO. 8. Aufl. 1903, § 771, S. 400.

[22]) RG. 79, S. 122; 84, S. 260.

[1]) Mangold, Der Begriff d. Inkassozession, Leipz. Diss. 1907, S. 23.

ist, die fremde Forderung in eigenem Namen einzuziehen. Die Zulässigkeit eines solchen Rechtsgeschäftes und seine rechtliche Konstruktion ist äußerst umstritten.

§ 8.

Die Konstruktion einer „beschränkten" Zession.

Man hat versucht, die Befugnis des Dritten, die ihm zur Einziehung übertragene Forderung im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung geltend zu machen, ohne daß das Gläubigerrecht auf ihn übergeht, durch die Zulassung einer „beschränkten Abtretung" oder „schwächeren Zession" zu erreichen. Die Vertreter dieser Ansicht sehen in der Übertragung der Forderung zum Inkasso eine gültige Abtretung, aber nur eine teilweise, eine beschränkte, die Abtretung eines qualitativ geteilten Rechts[2]). Die Beschränkung der Abtretung besteht darin, daß das Gläubigerrecht in Wirklichkeit bei dem Abtretenden bleibt.

Man kann die Rechtswirksamkeit einer solchen beschränkten Zession nicht aus § 398 BGB. herleiten[3]). Diese Bestimmung regelt nur die Abtretung des vollen Gläubigerrechts. § 398 Satz 2 bestimmt ausdrücklich, daß bei der Abtretung der neue Gläubiger stets an die Stelle des bisherigen Gläubigers tritt.

Auch § 413 BGB. ist zu einer Begründung der Zulässigkeit einer solchen Abtretung nicht verwertbar[4]). § 413 schreibt die entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Übertragung der Forderung auf die Übertragung von Rechten vor, die keine Forderungen sind. Die Regelung einer beschränkten Zession ist in ihm nicht zu finden.

Eine Reihe von Schriftstellern und auch das Reichsgericht[5]) berufen sich auf den Grundsatz der Vertragsfreiheit. Danach stände es im Belieben der Parteien, auch nicht ausdrücklich im Gesetz geregelte und festumgrenzte

[2]) Krückmann, Arch. f. ziv. Prax. 103, S. 377, Anm. 97.
[3]) RG. 53, 417.
[4]) Planck-Siber, a. a. O., § 398, Erläuterung 1 b, S. 552.
[5]) RG. 73, 307 ff.; 78, 97, 91, 390.

Vertragstypen zu vereinbaren. Infolgedessen könne auch eine Abtretung von den Parteien vorgenommen werden, die insoweit von der im BGB. ausdrücklich geregelten Vollabtretung einer Forderung abweicht, als sie beschränkt ist. Nicht das volle Gläubigerrecht soll übergehen, sondern nur die einzelne Befugnis zur Einziehung der Forderung.

Diese Berufung auf die Parteiwillkür im Schuldrecht hat aber später auch das Reichsgericht[6]) fallen gelassen. Mit Recht, denn die schuldrechtliche Vertragsfreiheit hat im Gebiete der Abtretung einer Forderung keine Geltung. Nach § 305 BGB. besteht diese Vertragsfreiheit nur für die Begründung von Schuldverhältnissen, also nur für Verpflichtungsgeschäfte. Dagegen ist sie ausgeschlossen bei Verfügungen über Schuldverhältnisse[7]).

Eine Verfügung ist jedes dingliche Rechtsgeschäft. Ein solches stellt aber auch die Abtretung einer Forderung dar. Sie ist ebenso wie die Übertragung von Sachen ein dinglicher Übertragungsvertrag. Bei der sachenrechtlichen Übereignung wird das Eigentum an der Sache, bei der Abtretung wird das Eigentum an der Forderung übertragen.

Die herrschende Lehre wendet sich zwar mit äußerster Entschiedenheit gegen eine solche Charakterisierung der Abtretung, jedoch ohne berechtigten Grund. Auch im deutschen Recht erstreckte man im Gegensatz zu dem römischen Recht den Eigentumsbegriff auf unkörperliche Sachen hinaus[8]). Im preuß. Recht begreifen die Gesetze unter Eigentum „jede nutzbare vermögensrechtliche Befugnis“[9]). So bestimmt ALR. I 8 § 1: „Eigentümer heißt derjenige, welcher befugt ist, über die Substanz einer Sache oder eines Rechts mit Ausschließung anderer ... zu verfügen.“ Ferner heißt es im § 1 der Einleitung zur AGO.:

---

[6]) RG. 99, 143.

[7]) Planck-Siber, a. a. O., § 398, Erläuterung 1 b, S. 552; Siber, Die schuldrechtl. Vertragsfreigeit in Dogm. Jahrb. 70, S. 278.

[8]) Gierke, Deutsch. Priv. R., Bd. 2, 1905, S. 360, Ziff. 8.

[9]) Dernburg, Preuß. Priv. R. 1894, I, § 181, S. 415; Stamler, Eigentum u. Besitz im Handw.-Buch der Staatswiss. Bd. 3, 4. Aufl. 1926, S. 336.

„Alle Streitigkeiten über Sachen und Rechte, welche einen Gegenstand des Privateigentums ausmachen ....“ Trotz dieser Verallgemeinerung kennt jedoch auch das preußische Recht noch ein Eigentum im engeren Sinne, nämlich das Eigentum an körperlichen Sachen. Es hat sich also der römischen Auffassung nicht vollständig zu entziehen vermocht[10]).

Die Auffassung, daß es auch ein Eigentum an Forderungen, an Rechten gibt, ist unrömisch, entspricht aber der älteren deutschrechtlichen Eigentumsordnung und ist auch in unserer heutigen Eigentumsordnung des BGB. begründet.

Schon rein äußerlich betrachtet, bieten die Überschriften des 4. Abschnittes des 2. Buches und des 3. Titels des 3. Abschnittes des 3. Buches im BGB., die beide von der „Übertragung“ reden, Anhaltspunkte für die Ansicht, daß beide Rechtsvorgänge, die Abtretung und die sachenrechtliche Übereignung, rechtlich dasselbe sind, nämlich die Übertragung von Eigentum[11]).

Ferner ist die Abtretung ebenso wie die sachenrechtliche Übereignung vollkommen unabhängig von dem schuldrechtlichen Grundgeschäft. Sie ist ein abstrakter Vertrag.

Unser Gesetz erkennt weiter begrenzte dingliche Rechte, wie Nießbrauch und Pfandrecht an der Forderung an. Stellt man sich aber die einen Gegenstand nur in einzelnen Beziehungen ergreifende Herrschaft als Sachenrecht vor, so steht nichts im Wege, auch die den Gegenstand am vollsten ergreifende Herrschaft als dingliches Recht, als Eigentum, zu betrachten[12]).

Auch der Sprachgebrauch des Lebens dehnt den Begriff des Eigentums auf unkörperliche Sachen aus, so sprechen wir von einem Bergwerkseigentum als einem Inbegriff verschiedenartiger Berechtigungen, wir reden vom geistigen Eigentum, vom Eigentum an immateriellen Gütern. Oft-

---

[10]) Dernburg, Preuß. Priv. R., a. a. O., S. 415.

[11]) Stappert, Der Begriff d. Ermächtigung. Marburg. Diss. 1924, S. 8.

[12]) Gierke, a. a. O., § 120, S. 367.

mals setzen wir es geradezu mit Vermögensrecht gleich. So geschieht es, wenn RV. Art. 153 das Eigentum für unverletzlich erklärt.[13])

In der neueren Rechtssprache wird der Ausdruck „Eigentum an der Forderung" vermieden. Nur in älteren Entscheidungen ist er vereinzelt zu finden[14]).

Man hat gegen eine solche Vorstellung vom Eigentumsbegriff eingewandt, daß er durch seine zu weit führende Verallgemeinerung verflüchtigt und damit unhandlich würde; keiner der Sätze, die für das Sacheigentum gelten, würde für das Innehaben der Forderung Anwendung finden, weder eine rei vindicatio wäre hier gegeben, noch würden Eigentumserwerbsnormen Geltung haben[15]). Diese Bedenken sind jedoch nicht stichhaltig. Auch bei den Rechtsnormen, die das BGB. für das Sacheigentum aufstellt, unterscheidet es zwischen Eigentum an beweglichen Sachen und an Grundstücken. Für den Eigentumserwerb an beweglichen und unbeweglichen Sachen stellt es ganz verschiedene Bestimmungen auf.

Ein nicht wegzuleugnender Vorteil besteht für unsere Ansicht aber darin, daß man entgegen der herrschenden Lehre zu einer klaren und festungrenzten Begriffsbestimmung der Verfügung gelangen kann. Die herrschende Lehre bezeichnet die Verfügung bald als „ein Rechtsgeschäft, durch welches ein Rechtsverhältnis oder ein Recht „unmittelbar" betroffen wird"[16]); bald als „ein Rechtsgeschäft mit dinglicher Wirkung, das unmittelbar das Recht an einer Sache zur Entstehung, Aufhebung, Änderung bringt oder die Übertragung, den Untergang eines dinglichen oder obligatorischen Rechts bewirkt."[17]) Diese Begriffsbestimmungen sind unklar. Nach unserer Auffassung, die ein Eigentum an

---

[13]) Stammler, Eigentum u. Besitz, a. a. O., S. 336.

[14]) RG. 52, 219; Warneyer, 1911, 74; OLGE. Kiel 20, 154 ff.; OLG. KG. 24, 309.

[15]) Wolff, Sach. R. 1927, § 51, S. 151.

[16]) v. Tuhr, II, 1, § 54 I, S. 238.

[17]) Endemann, Lehrb. d. Bürgerl. Rechts, 9. Aufl. 1903, Bd. 1, § 62, S. 284/5.

Forderungen anerkennt, ergibt sich die klare Definition, daß Verfügung eben „jedes dingliche Rechtsgeschäft ist, soweit es ein Opfer enthält.“[18])

Die Abtretung ist ein dinglicher Übertragungsvertrag, sie ist eine Verfügung. Im Gebiete der dinglichen Rechte besteht für die willkürliche Vereinbarung der Parteien kein freier Spielraum. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit hat hier keine Geltung. Demnach ist die Vereinbarung einer Abtretung, die entgegen den Bestimmungen des § 398 BGB. nicht das volle Gläubigerrecht auf den Zessionar überträgt, also geringere dingliche Wirkung hat, nicht möglich.

§ 9.

Der Begriff der Einziehungsermächtigung.

Eine „Übertragung der Forderung“ zur Einziehung dergestalt, daß der Gläubiger Inhaber der Forderung bleibt und der Dritte trotzdem im eigenen Namen die Forderung geltend machen kann, ist nur möglich durch die rechtliche Konstruktion der Einziehungsermächtigung. Bei ihr tritt der Gläubiger seine Forderung nicht ab, er ermächtigt vielmehr nur den Dritten, die Forderung im eigenen Namen einzuziehen.

Damit ergibt sich gleich der Unterschied zwischen der Einziehungsermächtigung einerseits und der Zession, der fiduziarischen Zession und der Vollmacht andererseits. Sie ist von diesen Rechtsinstituten grundverschieden. Von der Zession unterscheidet sie sich dadurch, daß bei ihr nicht die Forderung aus dem Vermögen des Gläubigers ausscheidet und auf den Dritten übergeht, sondern daß bei ihr überhaupt kein Wechsel der Gläubigerschaft stattfindet. Es erfolgt keine Abtretung der Forderung, sondern nur die Ausübung des Rechtes wird überlassen. Diese überlassene Ausübungsberechtigung macht der Dritte im eigenen Namen geltend. Das Recht des Gläubigers selbst macht er zwar im eigenen Namen, aber als fremdes Recht geltend[19]). Der Dritte wird

[18]) Leonhard, Lehrb. i. kurz. Sätz., S. 37.
[19]) Ludewig, Ermächtigung, S. 59.

weder formell noch materiell Gläubiger der Forderung. Weder nach außen noch nach innen liegt ein Forderungsübergang vor. Abtretung und Einziehungsermächtigung haben nichts gemein.[20]) Ausdrücke wie „Zession mit beschränkter Wirkung[20])" sind daher am besten für diese Einziehungsermächtigung ganz zu vermeiden.

Ebenso wie von der gewöhnlichen Abtretung unterscheidet sich die Einziehungsermächtigung von der fiduziarischen Zession. Denn auch bei dieser liegt ein Gläubigerwechsel, eine wirkliche Abtretung vor. Der Fiduziar wird wirklicher Gläubiger der Forderung, während bei der Einziehungsermächtigung der Ermächtigende Gläubiger der Forderung bleibt.

Die Einziehungsermächtigung ist aber auch scharf von der Vollmacht zu trennen. Der Begriff der Ermächtigung ist im BGB. in seiner Allgemeinheit nicht ausdrücklich geregelt. Rechtslehre und Rechtsprechung sind in seiner Bestimmung nicht einheitlicher Auffassung. Erkennt man eine Ermächtigung im weiteren Sinne, als eine zusammenfassende Bezeichnung für Willenserklärungen, „welche die Befugnis erteilen, durch Rechtsgeschäfte irgendwie auf die Verhältnisse, insbesondere auf das Vermögen des Ermächtigenden einzuwirken"[21]), an, so fallen beide, die Einziehungsermächtigung wie die Vollmacht, unter diesen Begriff der Ermächtigung im weiteren Sinne. Neben diesem Begriff der Ermächtigung im w. S. gibt es aber noch die Ermächtigung im e. S., nämlich die Erteilung der Macht, „durch ein im eigenen Namen vorzunehmendes Rechtsgeschäft auf das Vermögen des Ermächtigenden einzuwirken."[22]) Eine solche Ermächtigung im e. S. ist die Einziehungsermächtigung. Die Vollmachtserteilung fällt unter diesen Begriff nicht, sondern steht im strengsten Gegensatz hierzu. Das charakteristische Merkmal der Vollmacht ist, daß der

[20]) Enneccerus, Schuldverhältnisse § 303, 2, S. 250.

[21]) Enneccerus, Allg. Teil, § 175, I, S. 479; RG. 53, S. 274; 733, S. 308 ff.

[22]) Enneccerus, a. a. O., § 175, S. 479.

Bevollmächtigte im Namen des Vollmachtgebers handelt.[23]) Bei der Ermächtigung im e. S. dagegen handelt der Ermächtigte nicht im Namen des Ermächtigenden, sondern im eigenen Namen. Durch die Erteilung der Einziehungsermächtigung will man gerade vermeiden, daß der Ermächtigte im fremden Namen auftritt, er soll vielmehr die Forderung im eigenen Namen einziehen.

§ 10.

Gesetzliche Grundlagen der Einziehungsermächtigung.

Um die rechtliche Anerkennung der Einziehungsermächtigung herrscht lebhafter Streit. Vor allem in der Rechtslehre wird ihre Zulässigkeit abgelehnt, während die Rechtsprechung sich in neuerer Zeit immer mehr zu ihr bekannt hat.

Man kann die Rechtswirksamkeit der Einziehungsermächtigung nicht aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit im Schuldrecht folgern. Denn zunächst ist es höchst zweifelhaft, ob eine Ermächtigung überhaupt durch Vertrag oder nicht vielmehr durch ein einseitiges Rechtsgeschäft begründet wird. Aber selbst wenn man annimmt, daß die Ermächtigung durch Vertrag vereinbart werden kann[1]), so ist die Anwendung des Grundsatzes der Vertragsfreiheit dennoch zu verwerfen. Denn dieser Grundsatz gilt nur für Verpflichtungsgeschäfte und ist für die Begründung einer Rechtsstellung, die, wie dies bei der Ermächtigung der Fall ist, einen Eingriff in einen fremden Rechtskreis darstellt, nicht anwendbar.

Man kann für die Begründung der Einziehungsermächtigung auch nicht den § 117 Abs. 2 BGB. heranziehen[2]). Denn es handelt sich bei der Einziehungsermächtigung gar nicht um ein dissimuliertes Geschäft. Die Parteien geben hier nicht etwa Zessionserklärungen ab, während nach ihrem Willen in Wirklichkeit überhaupt keine Abtretung vorliegen, sondern die Forderung bei dem Ermächtigenden verbleiben

[23]) RG. 53, 275; Enneccerus, Allg. Teil, § 174, S. 451.
[1]) Ludewig, Ermächtigung, § 15, S. 59.
[2]) So RG. 53, 417.

soll. Die Parteien erklären vielmehr ernstlich, daß tatsächlich keine Übertragung der Forderung stattfinden soll, sondern, daß die Forderung beim ursprünglichen Gläubiger verbleiben und der Dritte nur die Befugnis erhalten soll, sie im eigenen Namen einzuziehen. Ihr Wille und ihre Erklärungen gehen nur auf die Erteilung einer Ermächtigung. Sie erfolgen nicht zum Schein, sondern sind ernstlich, und alle an die Ermächtigung geknüpften Rechtsfolgen sind von ihnen gewollt. Im konkreten Falle kann natürlich die Einziehungsermächtigung simuliert sein, dann ist eine Ermächtigung überhaupt nicht erteilt, sondern es liegt ein nach § 117 Abs. 1 BGB. nichtiges Rechtsgeschäft vor. Aber selbst, wenn man annimmt, daß es sich bei jeder Erteilung der Einziehungsermächtigung um ein dissimuliertes Geschäft handelt, so ist mit der Anwendung des Abs. 2 des § 117 nichts gewonnen, denn dann entsteht ja gerade die Frage, welches andere Rechtsgeschäft durch das Scheingeschäft verdeckt wird[3]).

Auch aus dem § 409 BGB. läßt sich die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung nicht herleiten[4]). Denn es ist anerkannten Rechtens, daß diese Gesetzesbestimmung nur zum Schutze des Schuldners gegeben ist und nicht gegen ihn wirken soll[5]).

Wohl aber läßt sich die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung aus § 185 BGB. begründen. § 185 Abs. 1 bestimmt: Eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, ist wirksam, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt. Die Einziehung einer Forderung stellt unbestreitbar eine Verfügung dar. Diese Verfügung eines Nichtberechtigten wird wirksam, wenn der Berechtigte einwilligt. Diese Einwilligung ist aber die Einziehungsermächtigung, die Erteilung der Macht an den Dritten, die Forderung im eigenen Namen einzuziehen. Nun ist zuzugeben, daß erst die Annahme einer Leistung

[3]) Jander, J.W. 1913, S. 471.

[4]) So RG. 53, 417.

[5]) Jander, J.W. 1913, S. 471; Staudinger, a. a. O. Anm. 1 zu § 409; Planck-Siber, § 409, Anm. 1, S. 583.

eine Verfügung darstellt. Bei der Einziehungsermächtigung soll aber der Ermächtigte nicht nur zur Annahme der Leistung befugt sein, wenn der Schuldner freiwillig die Leistung anbietet, sondern er soll auch befugt sein, alle die Annahme der Leistung vorbereitenden Handlungen, also die gerichtliche und außergerichtliche Geltendmachung der Forderung vorzunehmen. Zu dieser Annahme zwingt der Sprachgebrauch des täglichen Lebens, wie auch der unserer Gesetze[6]). Die gerichtliche und außergerichtliche Geltendmachung der Forderung ist noch keine Verfügung. § 185 ist also nicht unmittelbar auf eine solche Befugnis zur Geltendmachung der Forderung auszudehnen. Trotzdem aber muß man sagen, wenn das Gesetz die Einwilligung zur Annahme der geschuldeten Leistung durch einen Dritten im eigenen Namen kennt, so muß es auch die Einwilligung zur gerichtlichen und außergerichtlichen Geltendmachung der Forderung, die erst die Annahme der Leistung bei Zahlungsverweigerung ermöglicht, zulassen[7]). Die gerichtliche und außergerichtliche Geltendmachung der Forderung führt zur Verfügung: ein Analogieschluß aus § 185 ist daher — abgesehen davon, daß der Begriff der Verfügung im Gesetz nirgends festumgrenzt festgelegt ist[8]) — berechtigt.[9])

Eine Reihe von Schriftstellern hat sich gegen eine solche analoge Anwendung des § 185 BGB. ausgesprochen. Schöninger[10]) vertritt die Ansicht, daß jede Verfügung, die der Nichtberechtigte im eigenen Namen trifft, seinen eigenen Rechtskreis betreffe. „Im eigenen Namen" sei gleichbedeutend mit „in eigener Sache". Daß ein Dritter eine fremde Forderung im eigenen Namen einziehe, sei

[6]) Hirsch, Übertrag. d. Rechtsausüb. 1910, 1. Teil, S. 284 bis 286.

[5]) Albrecht, Inkassozess. Hall. Diss. 1916, S. 14.

[8]) Jander, J.W. 1913, S. 472.

[9]) Enneccerus, a. a. O. I, § 175, 2c S. 480; Jander, 1913 J.W., S. 471; Volmer, Zur Frage d. Eintrag.-Fähigk. d. Pfänd. u. Überweis. d. Bericht. Anspr., i. Gruchot 57, S. 625 ff.; RG. 73, S. 308. Gegen Analogie: Ludewig, Ermächtg., S. 30; Schöninger, Arch. f. ziv. Prax., S. 187/8.

[10]) a. a. O., S. 167.

gar nicht möglich, denn dann handele er eben nicht in eigener, sondern in fremder Sache, die Verfügung betreffe nicht seine Rechtssphäre, sondern das Vermögen des fremden Gläubigers. Die angebliche Einziehungsermächtigung sei demnach nur eine Fiktion mit der Bestimmung, die prozessuale Lage des Schuldners zu verschlechtern. In Wirklichkeit läge eine verdeckte Vollmacht vor.

Dieser Ansicht ist jedoch nicht beizutreten. Das Gesetz kennt verschiedene Fälle, wo jemand im eigenen Namen für einen anderen über eine ihm fremde Sache verfügt. (Z. B. §§ 1380, 1443, 1450, 2212 BGB., § 6, Abs. 2 KO.)

Durchholz[11]) begründet seine ablehnende Haltung gegenüber der Einziehungsermächtigung damit, daß es „rechtlich unmöglich sei, daß ein Bevollmächtigter die fremde Forderung im eigenen Namen geltend mache." „Wer im eigenen Namen klagt, behauptet gleichzeitig, daß ihm das Recht zusteht."[12])

Einen ähnlichen Standpunkt vertritt v. Tuhr[13]). Nach ihm können gewisse Rechtsgeschäfte mit Wirkung für einen anderen nur im Wege der Stellvertretung vorgenommen werden. Bei Forderungen, die nicht an ein Inhaberpapier gebunden sind, sei die Person des Berechtigten wesentlich für ihre Kennzeichnung. Verfügt ein Dritter über eine solche Forderung, so verfüge er, da der Berechtigte ja genannt werden müsse, im Namen des Berechtigten. Daher soll nach ihm die Einwilligung des Gläubigers in die Verfügung des Nichtberechtigten Vollmacht sein.

Diese Auffassung ist jedoch unberechtigt. Es ist durchaus rechtlich möglich, daß ein Dritter auf Grund einer Ermächtigung über eine fremde Forderung im eigenen Namen verfügt und nicht als Stellvertreter auftritt. Zunächst ist

[11]) Gruchot 47, S. 533.

[12]) Dagegen Staub, D.J.Z. 1919, S. 389.

[13]) a. a. O. II 1, § 60, III, S. 375; derselbe: Unwiderrufliche Vollmacht S. 70; Siber, Dogm. Jahrb. 67, S. 102 und 137; Lenel, Dogm, Jahrb. 36, S. 10.

dies, wie auch v. Tuhr zugibt[14]), immer dann der Fall, wenn der Verfügende fälschlich sich selbst als Gläubiger ausgibt. Man denke nur an den im praktischen Leben häufig vorkommenden Fall, daß ein Gläubiger seine Forderung zur Sicherung eines Kredites fiduziarisch abtritt. Aus berechtigten Geschäftsrücksichten will er aber die Tatsache der Sicherungsabtretung sowohl dem Drittschuldner wie anderen gegenüber verschweigen. Er läßt sich daher von dem Fiduziar die Ermächtigung erteilen, trotz der Sicherungsabtretung die Forderung im eigenen Namen einziehen zu dürfen, und macht später die Forderung im eigenen Namen geltend, ohne daß in Erscheinung tritt, daß es sich in Wirklichkeit um eine fremde Forderung handelt. Aber auch, wenn es ihm nicht gelingt, die wahre Rechtslage zu verheimlichen, verfügt er im eigenen Namen und nicht in fremdem Namen. Würde man annehmen, daß ein Dritter eine ihm fremde Forderung nur als Stellvertreter einziehen kann, so würde nicht er, sondern der Vollmachtgeber Eigentümer des vom Schuldner Geleisteten. Die Parteien können aber gerade ausdrücklich gewollt haben, daß der Dritte nur im eigenen Namen zu handeln berechtigt sein soll, und daß der Dritte Eigentümer des Geleisteten werden soll.[15])

§ 11.

Die geschichtliche Grundlage der Einziehungsermächtigung.

Auch aus der Rechtsgeschichte lassen sich Anhaltspunkte entnehmen, die für eine gesetzliche Begründung der Einziehungsermächtigung auch nach geltendem Recht von Einfluß sein müssen. Hervorzuheben ist hier die Entwicklung der Zession im römischen Recht.

Das römische Recht ist davon ausgegangen, daß eine Sondernachfolge unzulässig sei. Der Grund dafür besteht darin, daß nach römischer Auffassung die Obligation ein

[14]) a. a. O. II, 1 § 60, III, S. 375; Siber, Dogm. Jahrb. 67, S. 137, Anm. 2.

[15]) Im Resultat übereinstimmend: Enneccerus, Schuldverhältnisse § 303, S. 251, Anm. 27; Ludewig, S. 83, 84, 91.

Rechtsverhältnis zwischen zwei individuell bestimmten Personen ist und daß durch das Eintreten eines neuen Gläubigers der Inhalt der Leistung geändert wird. Eine solche Änderung aber brauchte sich ursprünglich der Schuldner nicht ohne seine Zustimmung gefallen lassen. Seine Zustimmung aber konnte er nach römischem Recht nur wirksam erteilen durch einen Vertrag mit dem Gläubiger, durch welchen aber nicht die bestehende Obligation übertragen, sondern diese aufgehoben und an ihrer Stelle eine neue Obligation begründet wurde. In der Zeit des aufblühenden Handelns und der Ausbildung des jus gentium schuf man als Surrogat der Übertragung, die ohne Willen des Schuldners vor sich gehen kann, die Prozeßprokuratur[1]). Der Gläubiger bestellte den, dem er die Forderung überweisen wollte, mittels mandatum agendi als seinen Vertreter zur gerichtlichen Geltendmachung in seinem Namen, aber für eigenes Interesse und für eigene Rechnung. Er ist prokurator in rem suam. Der Auftraggeber bleibt Gläubiger und kann daher das mandatum agendi, das auch die Ermächtigung zum gütlichen Einfordern enthielt, widerrufen. Erst die Litiskontestatio des Mandatars mit dem Schuldner verstärkte die Rechtstellung des Mandatars. Die Forderung war der beliebigen Einwirkung des Gläubigers entzogen, der Schuldner wurde verurteilt, an den Prokurator, nicht an den Gläubiger zu leisten[2]). Diesen Standpunkt hat das Zivilrecht im Verlauf der weiteren Entwicklung nicht festgehalten und festgestellt, daß das mandatum in rem suam auch schon vor der Litiskontestatio und zwar schon mit der Benachrichtigung des Schuldners von der Erteilung des Mandats unwiderruflich sei. Von dem Augenblick der Denuntiation an hat jetzt der Mandatar ein eigenes Recht. Der Schuldner mußte jetzt an ihn ganz allein zahlen. Der

[1]) Sohm, Institutionen, 15. Aufl. 1917, § 87, S. 379; Crome, Grundzüge des röm. Priv. R. 1920, § 48, S. 212; Windscheid-Kipp, Lehrb. d. Pand. R. 8. Aufl. 1900, S. 333; Salkowski, Institutionen 9. Aufl. 1907, § 164, S. 449/50; Enneccerus, I, Schuldverh., § 301 I, S. 224/5.

[2]) Sohm, a. a. O., S. 580.

Mandatar besaß zwar nicht das Gläubigerrecht, wohl aber ein Recht auf Ausübung der Forderung im eigenen Namen[3]). Diese Entwicklung wurde durch das Kaiserrecht beendet. Die Erteilung eines besonderen mandatum agendi wurde nicht mehr erforderlich, indem man bei Rechtsgeschäften, die auf Übertragung der Forderung gerichtet waren, das fehlende mandatum agendi dadurch ersetzte, daß man dem Erwerber eine actio utilis gab. Er klagt im eigenen Namen. Trotzdem aber hat das römische Recht den Satz bestehen lassen, daß die obligatio nicht übergehen könne[4]). Es gewährt dem Neueintretenden nur eine actio, während die obligatio bei dem bisherigen Gläubiger verbleibt. Damit war die Entwicklung der römischen Zession vollendet. Sie ist „die Übertragung des selbständigen Rechtes, eine fremde Forderung im eigenen Namen einzuziehen."[5])

Die römische Zession ähnelt unserer heutigen Ermächtigung, als deren Anwendungsfall die Einziehungsermächtigung zu gelten hat. Sie steht aber andererseits doch der Abtretung schon sehr nahe. Aus ihrer Entwicklung aber folgt, daß der Gläubiger auch schon zu einer Zeit, wo die Forderung noch unübertragbar war, die Ausübung seines Forderungsrechtes einem andern wirksam überlassen konnte. Dieser Grundsatz der Überlassung der Rechtsausübung, die aber erst recht dann zulässig sein mußte, nachdem die Forderung selbst verfügbar geworden war, hat auch im geltenden Recht seine Stätte und bildet das Hauptargument dafür, daß eine Einziehungsermächtigung gesetzlich gerechtfertigt ist.

§ 12.

Die Einziehungsermächtigung als Überlassung der Rechtsausübung.

Der Grundsatz der Überlassung der Rechtsausübung beruht auf der Unterscheidung vom Recht und seiner Aus-

[3]) Sohm, a. a. O., S. 580; Windscheid-Kipp, a. a. O., S. 333; Enneccerus, S. 224.

[4]) Windscheid-Kipp, a. a. O., S. 334.

[5]) Enneccerus I 2 § 301 1, S. 224.

übung. Das Recht, d. h. das subjektive Privatrecht, ist die Zusammenfassung objektiver Rechtssätze, die ein Rechtsgut verleihen, es ist die Abstraktion aus Sätzen des objektiven Rechts[1]). Berechtigt ist der Rechtsträger, in dessen Namen das Recht ausgeübt wird. Der Zweck dieses subjektiven Rechtes ist die Befriedigung menschlicher Lebensinteressen[2]). Das subjektive Recht als Abstraktum kann als solches keine Lebensinteressen befriedigen. Dieses kann es nur durch die Rechtsausübung. Sie ist das Tatsächliche, das Konkrete gegenüber dem Abstrakten des subjektiven Rechts, sie ist das Verhalten des Berechtigten, das dem Inhalt seines Rechtes entspricht[3]). Die Rechtsausübung ist das sinnlich Wahrnehmbare, eine Handlung. Durch die Rechtsausübung wird das Recht in die konkrete Welt der Tatsachen projiziert[4]). Daraus ergibt sich, daß ein Verhalten nur dann Rechtsausübung ist, wenn es dem Inhalt des Rechtes entspricht, wenn es mit dem Recht übereinstimmt.

Diese theoretische Unterscheidung zwischem dem subjektiven Recht als Abstraktum und seiner Ausübung, der Erscheinungsform des abstrakten Rechts, wird durch das geltende Recht bestätigt. In einer Anzahl von Fällen stellt das Gesetz die Rechtszuständigkeit der Rechtsausübung gegenüber[5]). Nach § 860 BGB. ist „zur Ausübung der dem Besitzer nach § 859 BGB. zustehenden Rechte auch der Besitzer befugt." § 988 BGB. spricht von dem Besitzer, der die Sache „zum Zwecke der Ausübung eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Nutzungsrechtes an der Sache besitzt." § 200 lautet: „Hängt die Entstehung eines Anspruchs davon ab, daß der Berechtigte von einem ihm zustehenden Anfechtungsrecht Gebrauch macht...." Als weitere Stellen seien genannt: §§ 322 Abs. 1, 502, 513, 544, 555, 1656 BGB.; §§ 171

[1]) Leonhard, Lehrb. i. kurz. Sätz., S. 12.

[2]) Enneccerus, Allg. Teil § 65 II, S. 156, 157; Hirsch, Übertrag. d. Rechtsausübg., S. 20.

[3]) v. Tuhr, a. a. O. II, 2, § 72, S. 545; Hirsch, a. a. O., S. 31.

[4]) Hirsch, a. a. O., S. 26.

[5]) Hirsch, a. a. O., S. 24/5.

Abs. 2, 217 HGB., § 6 Abs. 2 KO. An anderen Stellen stellt das Gesetz die Rechtsausübung nicht der Rechtszuständigkeit, sondern dem Recht selbst gegenüber. § 226 BGB. bestimmt: „Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn . . .“ Nach § 1059 BGB. ist der Nießbrauch nicht übertragbar, seine Ausübung kann einem andern überlassen werden. Nach § 857 Abs. 3 ZPO. ist ein Recht, das unveräußerlich ist, der Pfändung insoweit unterworfen, als die Ausübung einem andern überlassen werden kann. (Vgl. ferner: §§ 38, 1052, 1092, 1685 Abs. 2 BGB.)

Aus diesen aufgeführten Bestimmungen ergibt sich, daß auch das Gesetz unter Umständen für das Recht und seine Ausübung verschiedene rechtliche Wirkungen entstehen läßt und sie begrifflich voneinander trennt.

Da die Rechte von der Rechtsordnung dem Einzelnen hauptsächlich in seinem eigenen Interesse verliehen werden, so ist grundsätzlich nur der Berechtigte alleiniger Ausüber des Rechtes[6]). Durch die Rechtsordnung werden dem Berechtigten Macht und Mittel in die Hand gegeben, die Ausübung seines Rechts durch Dritte wirksam zu verhindern. Die Ausübung durch andere ist grundsätzlich rechtswidrig.

Die Rechtsordnung verleiht dem Berechtigten aber auch die Möglichkeit, die Ausübung des Rechtes durch andere zu erlauben; er kann dem andern die Ausübung seines Rechtes überlassen. Dieser Satz ist nicht allgemein anerkannt und ist daher näher zu begründen.

Bei übertragbaren Rechten ergibt sich die Richtigkeit dieses Satzes durch den Schluß a majore ad minus[7]). Kann das Recht selbst auf einen andern übertragen werden, so kann erst recht nur die Ausübung einem anderen erlaubt werden, während das Recht selbst bei dem Berechtigten verbleibt. Ist die stärkere Rechtswirkung zulässig, so ist es die schwächere auch ohne weiteres. Ferner läßt sich die Zulässigkeit

[6]) Hoffmeister, D. Geldvollstreckg. in nicht eingetr. Grundstücksrechte. Hall. Diss. 1912, S. 86/7; Hirsch, a. a. O., S. 189/90.

[7]) Schmidt, D. Zess. u. d. Vollindossament z. Inkassozwecken. Münst. Diss. 1911, S. 26; Hirsch, S. 307; Zitelmann, Arch. f. ziv. Prax. 99, S. 68; Ludewig, S. 34.

der Überlassung der Rechtsausübung daraus folgern, daß das Gesetz nur für unübertragbare Rechte ihre Überlaßbarkeit ausdrücklich bestimmt. Es geht also von dem Grundsatz aus, daß bei allen übertragbaren Rechten auch ihre Überlaßbarkeit ohnehin gegeben ist[8]).

Aber auch wenn das Recht selbst unübertragbar ist, ist seine Ausübung überlaßbar. Dieses zeigt deutlich § 1059 Satz 2 BGB.: Der Nießbrauch ist unübertragbar, aber überlaßbar. § 857 Abs. 3 ZPO. geht ganz allgemein davon aus, daß unveräußerliche, also unübertragbare Rechte zur Ausübung überlassen werden können.

Damit ist aber nicht gesagt, daß auch jedes unübertragbare Recht überlaßbar ist. Die Überlaßbarkeit von Vermögensrechten ist sicher dann ausgeschlossen, wenn das Gesetz es ausdrücklich vorschreibt. Deshalb sind Mitgliedschaftsrechte in der Regel nicht überlaßbar (§§ 38, 40 BGB.). Das Recht ist aber dann auch unüberlaßbar, wenn es nur für den einen bestimmten Berechtigten geschaffen ist, wenn also die Person des Rechtsausübers zum wesentlichen Inhalt des Rechtes gehört, „wenn die Leistung an einen andern als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann."[9]) Dieses ist der Fall beim Namensrecht.

Wo diese Ausnahmen nicht vorliegen, ist die Ausübung des Rechtes immer überlaßbar. Auch § 185 BGB. ist nur eine Anwendung dieses Grundsatzes. Hier hat der Berechtigte den Dritten ermächtigt, Handlung, die grundsätzlich nur er als Berechtigter vornehmen kann, als rechtmäßig durchzuführen, er hat ihm die Ausübung seines Rechtes überlassen.

Durch die Überlassung der Rechtsausübung erwirbt der Berechtigte das Recht, sich in gleicher Weise wie der Berechtigte zu verhalten. Er kann Handlungen vornehmen, die dieselbe rechtliche Wirkung erzeugen. als wenn der

---

[8]) Schmidt, a. a. O., S. 26; Hirsch, a. a. O., S. 306; Zitelmann, a. a. O., S. 68.

[9]) Hirsch, a. a. O., S. 306; Hoffmeister, a. a. O., S. 92.

Berechtigte sie selbst getätigt hätte. Dieses Recht ist aber kein unbedingtes, kein festes Recht. Es ist sowohl in der Entstehung, wie im Fortbestand von dem Rechte des Dritten abhängig, denn darin besteht ja gerade der Gegensatz der Überlassung der Rechtsausübung zur Übertragung des Rechts selbst, daß durch die Übertragung ein Wechsel im Rechtssubjekt eintritt. Bei der Überlassung der Rechtsausübung wechselt aber das Rechtssubjekt nicht, sie hat nur zur Folge, daß dem Dritten erlaubt wird, sich in gleicher Weise, wie der Berechtigte, zu verhalten. Man kann also von einer Vervielfältigung des Rechts und seiner Ausübung sprechen. Auf Grund der Überlassung der Ausübung erwirbt der Dritte ein eigenes Recht zur Ausübung. Daneben übt er aber ein fremdes Recht, das Recht des Berechtigten aus. Sein eigenes Recht ist gegenüber dem fremden das schwächere. Es ist in seiner Existenz dauernd von dem Bestehen des Mutterrechts abhängig, denn durch die Überlassung erlangt der Ausübungsberechtigte nur die Möglichkeit, das Recht des Überlassenden auszuüben. Hat dieses nie bestanden oder besteht es jetzt nicht mehr, sei es, daß das Recht ganz erloschen, sei es, daß es auf einen anderen übertragen ist, so ist auch das Recht des Ausübungsberechtigten hinfällig.[10])

Das Recht des Ausübungsberechtigten ist fernerhin nicht ausschließlich. Auf die Stellung des Überlassenden hat die Überlassung der Ausübung keinen Einfluß. Durch sie wird dem Erwerber die Erlaubnis gegeben, sich auch so zu verhalten wie der Berechtigte. Der Erwerber tritt neben den Berechtigten[11]). Dieser selbst kann das Recht weiter ausüben. Selbst wenn die Überlassung unwiderruflich erteilt ist, kann er die Ausübungsüberlassung dadurch zunichte machen, daß er das Recht trotzdem selbst ausübt.

Die Überlassung der Rechtsausübung kann nun in zweierlei Rechtsformen zustande kommen, und zwar ent-

[10]) Vgl. zum vorhergehenden Hirsch, a. a. O., S. 170 ff.; Ludewig, S. 35/6.

[11]) Hirsch, a. a. O., S. 174/5.

weder so, daß der Erwerber bei jedem Rechtsgeschäft auf die Person des Berechtigten Bezug nimmt, also als Vertreter auftritt, oder daß er im eigenen Namen das Recht ausübt, also als Ermächtigter handelt. Fälle gesetzlicher Ermächtigung finden sich im Familienrecht, z. B. der Ehemann beim gesetzlichen Güterrecht und bei der Gütergemeinschaft (§§ 1373 ff, 1443, 1519 BGB.).

Aus diesen Ausführungen ergibt sich, daß der Gläubiger einer Forderung die Ausübung dieser Forderung einem Dritten dergestalt überlassen kann, daß dieser im eigenen Namen, also als Ermächtigter, auftritt.

Die Ausübung der Forderung erfolgt mittels der durch sie gegebenen Befugnisse sowohl durch außergerichtliches Verlangen, wie durch gerichtliches Vorgehen oder durch Annahme der geschuldeten Leistung[12]). Damit werden aber bei der Überlassung der Forderung zur Ausübung dem Dritten alle die Befugnisse eingeräumt, die man schlechthin unter der Bezeichnung „Einziehung einer Forderung" versteht.

§ 13.

Die Einziehungsermächtigung in der Rechtsprechung.

Auch die Rechtsprechung der obersten Gerichte hat sich in einer großen Anzahl von Entscheidungen mit der Einziehungsermächtigung befaßt und ihre Rechtswirksamkeit anerkannt, jedoch sehr oft ohne klare Erkenntnis ihres Wesens. In vielen zumeist älteren Entscheidungen fehlt eine scharfe Abgrenzung einerseits von der fiduziarischen Zession, andererseits von der Vollmacht.

So sagt das RG. in Bd. 53, S. 417: „unter der Form der Zession wurde dem Kläger Auftrag und Vollmacht erteilt". Das KG. führt in OLGE. 24, S. 308 aus: „Die Übertragung ist keine Rechtsabtretung, sondern nur eine Vollmachtserteilung im Gewande der Abtretung", „nach innen wird ein Auftragsverhältnis, nach außen ein Vollmachtsverhältnis

[12]) v. Tuhr, a. a. O. II, 2, § 92, S. 546; v. Gierke, D. Priv. R. I § 36; Crome, System I § 121; Hirsch, a. a. O., S. 61 ff.

hergestellt.“ OLG. Stettin erklärt in OLGE. 23, S. 19 f.: „Statt der Rechtsform der Vollmacht wählte man die Form der Abtretung. Die Abtretung hat auch die Übertragung der Gläubigerrechte auf die Klägerin zur Wirkung.“ Trotzdem soll nach ihm der fiduziarische Charakter der Abtretung nicht ohne Wirkung bleiben und der Schuldner nicht mit Forderungen gegen den Zessionar aufrechnen können. Es beruft sich bei dieser Stellungnahme auf RG. 53, S. 416 ff., aber zu Unrecht, denn in letzterer Entscheidung sagt das RG. gerade, daß das Gläubigerrecht übertragen wurde, „ohne daß die Forderung in sein Vermögen überging“, daß also bei der Inkassozession keine fiduziarische Abtretung vorliegt. RG. in Leipz. Zeitschr. 1908, S. 454 spricht davon, daß bei der Inkassozession nach innen ein Auftragsverhältnis, nach außen eine Vollmachtserteilung hergestellt werde, und RG. in J.W. 1910, S. 1001, Nr. 8 führt aus, daß bei der Inkassozession keine volle Forderungsabtretung, sondern nur eine solche zur Forderungseinziehung vorliege, sagt dann aber weiter, daß „im Verhältnis nach außen und insbesondere zum Schuldner ein wirklicher Forderungsübergang angenommen werde.“

In allen diesen Entscheidungen bewegen sich die obersten Gerichte in größten Widersprüchen. Denn, wie oben dargelegt, liegt, falls man eine fiduziarische Abtretung bei der Inkassozession annimmt, eine wirkliche Abtretung mit allen ihren Rechtsfolgen vor. Der Zessionar wird Gläubiger der Forderung, sowohl dem Zedenten, als auch dem Schuldner gegenüber. Es geht nicht an, zu lehren, der Zessionar sei nur „formell und juristisch“, der Zedent „materiell und wirtschaftlich“ Gläubiger der Forderung[1]). In der Entscheidung in Gruchot 55, S. 634 f. hebt das RG. selbst ausdrücklich hervor, daß eine Einziehungsermächtigung, die dem Ermächtigten nur ein beschränktes Verfügungsrecht einräumt, zwar zulässig ist, daß dann aber „das Eigentum“ an der Forderung nicht übertragen wird, daß sie sich trotz der Wahl des Ausdrucks von einer Zession streng unter-

[1]) RG. 53, 417; 55, 399; 59, 192.

scheidet. An anderer Stelle[2]) sagt das RG., daß man nicht zwischen einem formellen und einem materiellen Gläubigerrecht scheiden könne.

Weiterhin ist es nicht richtig, wenn in der Rechtsprechung eine Vollmacht des „Inkassozessionars" angenommen wird. Denn in allen diesen Entscheidungen klagt der Kläger im eigenen Namen und die Vollmacht bestimmt demgegenüber ihr Wesen gerade dadurch, daß der Bevollmächtigte im fremden Namen und nicht im eigenen auftritt. Ferner verstößt die Lehre, daß die Inkassozession „im Verhältnis zwischen Zedenten und Zessionar Vollmacht oder Auftrag"[3]), daß also der Zessionar „nach innen" nur „Bevollmächtigter" sei[4]), gegen den Grundsatz, daß die Vollmacht stets nur das Außenverhältnis und nie das Innenverhältnis betrifft.[5])

Diese Widersprüche in der Rechtsprechung erscheinen unlöslich. Man kann sie nur dadurch verstehen, daß man annimmt, die Rechtsprechung, insbesondere das RG., wollte in all ihren unklaren Formulierungen nichts anderes als eine Ermächtigung erblicken, deren Wesen später durch die Wissenschaft klar herausgearbeitet worden ist. Diese Ansicht wird dadurch bestätigt, daß das RG. in J.W. 1910, S. 1001 Nr. 8 von dem Einziehungsermächtigten als einem „ermächtigten Stellvertreter" spricht und ferner durch die Entscheidungen des RG. in J.W. 1905, S. 718 und Warneyer, Erg.-Bd. 11, 20. In diesen beiden Entscheidungen erklärt das RG. es für unzulässig, daß dem Zessionar nur das materielle Gläubigerrecht übertragen werde, die Einziehungsermächtigung bei dem Zedenten verbleiben, das Klagerecht also nur dem Zedenten zustehen solle. Aus dem Gegensatz zu andern Entscheidungen, in denen eine Einziehungsbefugnis zugelassen wird, ohne daß das Gläubigerrecht an der Forderung übergeht, geht hervor, daß das RG. in allen seinen Entscheidungen in Wirklichkeit gar keine „beschränkte Abtretung" meint, sondern nur eine Einziehungsermächtigung

[2]) RG. 45, 82.
[3]) RG. 53, 418; OLGE. 9, S. 30.
[4]) RG. J.W. 1909, S. 323.
[5]) Planck-Siber, a. a. O., S. 552.

in unserem Sinne, nach der nicht die Einziehungsbefugnis dem Ermächtigenden genommen wird und auf den Ermächtigten übergeht, bei der vielmehr diese Befugnis der Ermächtigende behält und der Ermächtigte nur neben dem materiellberechtigten Gläubiger der Forderung zur Einziehung berechtigt wird. Ganz klar, daß es sich um eine Ermächtigung handelt, hat das RG. selbst in späteren Entscheidungen ausgesprochen. In der Entscheidung in J.W. 1916, S. 959, wird dargelegt, daß die Verabredung unzulässig ist, wonach das Recht zur Einziehung auf den Zessionar überhaupt nicht übergehen, sondern dauernd und bedingungslos bei dem Zedenten verbleiben soll, daß dagegen aber die Frage, ob es möglich ist, daß jemand einen anderen „ermächtigt, die Forderung im eigenen Namen, aber für Rechnung des Zessionars einzuziehen", zu bejahen ist. Ferner führt das RG. in Bd. 78 S. 90 aus, daß auch eine bloße Befugnis auf einen andern mit der Wirkung abgetreten werden kann, daß der andere lediglich „ermächtigt" wird, die Rechtsbefugnis kraft fremden Rechtes im eigenen Namen geltend zu machen. Endlich sei noch RG. 73 S. 308 erwähnt, wo „eine Ermächtigung zur Geltendmachung eines Rechts des Ermächtigenden durch den Ermächtigten im eigenen Namen und auf eigene Gefahr und Kosten" für rechtswirksam anerkannt wird. In letzterer Entscheidung beruft sich das RG. ausdrücklich auf RG. 53, S. 411 und gibt dadurch zu erkennen, daß es diese ältere, in Widersprüchen sich bewegende Entscheidung im Sinne einer Einziehungsermächtigung ausgelegt wissen will.

§ 14.

Die Klagebefugnis des zur Einziehung der Forderung Ermächtigten.

Im praktischen Leben wird die Einziehungsermächtigung in den meisten Fällen zu dem Zwecke erteilt, daß der Ermächtigte die Forderung im eigenen Namen auch gerichtlich geltend machen kann.

Im Prozeß kann jeder als Kläger auftreten, der partei-

fähig, also nach § 50 Abs. 1 ZPO. jeder, der rechtsfähig ist. Grundsätzlich aber braucht sich der Beklagte nur auf eine Klage des Inhabers des materiellen Rechts einzulassen. Das Gesetz hat zwar auch in einzelnen Fällen, so in den §§ 1380, 1443, 1450 BGB., zugelassen, daß jemand ein fremdes Recht im eigenen Namen einklagt. Aber diese Fälle sind nur gesetzliche Ausnahmefälle von dem Grundsatz, daß nur der materiell Berechtigte die Klage im eigenen Namen erheben kann.

Es fragt sich daher, ob bei der Einziehungsermächtigung trotz dieses Grundsatzes der Ermächtigte befugt ist, das Recht des Ermächtigenden, also ein fremdes Recht, im eigenen Namen einzuklagen. Die Zulässigkeit der sog. Prozeßführungsermächtigung ist äußerst umstritten.

Man kann sie nicht aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit herleiten[6]). Denn dieser Grundsatz gilt nur im Gebiete des Privatrechts, die Ermächtigung zur Prozeßführung ist aber eine rein prozessuale, also öffentlichrechtliche Rechtshandlung[7]).

§ 185 BGB. kann für die Begründung der Rechtswirksamkeit der Prozeßführungsermächtigung nicht unmittelbar angewandt werden, da die Prozeßführung noch keine Verfügung darstellt. Einer analogen Anwendung steht jedoch, wie oben ausgeführt wurde, nichts im Wege[8]).

Die Gültigkeit der Prozeßführung wird ferner durch Gesetzesvorschriften bestätigt, die eine ähnliche Lage hervorbringen.

Es kommen hier die §§ 835, 836 ZPO. in Frage[9]). Durch die richterliche Überweisung zur Einziehung wird dem Gläubiger die Befugnis gegeben, die Forderung im eigenen Namen und für eigene Rechnung einzuklagen. Der Inhaber der Forderung ist aber nach wie vor der Pfandschuldner. Er kann über sie verfügen. Seine Verfügungen sind voll-

---

[6]) So RG. 73, S. 308.

[7]) H. Hellwig, Ermächtg. z. Proz.-Führg. über fremd. Rechte im eigenen Namen, Gruchot 55, S. 609.

[8]) a. A. Schöninger, a. a. O., S. 187, 196; Mangold, a. a. O., S. 32; Ludewig, a. a. O., S. 30, 31.

[9]) RG. 73, S. 308.

gültig, allerdings ohne Wirksamkeit gegenüber dem Pfändungsgläubiger[10]). Es steht nun aber nichts im Wege anzunehmen, daß die rechtsgeschäftliche Übertragung zur Einziehung, die Einziehungsermächtigung, dieselben Rechtswirkungen hervorruft, als die richterliche Übertragung zur Einziehung, die Überweisung der Forderung.

Eine Reihe von Schriftstellern hält einen solchen Analogieschluß für unzulässig, indem sie erklären, daß von einer Ermächtigung des Pfandgläubigers keine Rede sein könne, da er nicht kraft fremden Rechtes, sondern kraft eigenen Rechtes klage[11]). Selbst wenn man mit der herrschenden Lehre annimmt, daß der Pfändungsgläubiger kein procurator in rem suam sei[12]), daß er vielmehr ein eigenes Recht — sei es ein Pfändungspfandrecht oder ein Erwerbsrecht — geltend mache, so ist dieser Grund nicht ausschlaggebend. Durch die Überweisung wird dem Pfändungsgläubiger die Befugnis verliehen, von dem Drittschuldner auch klageweise die Forderung einzuziehen. Vorher stand ihm diese Befugnis nicht zu. Ob er kraft eigenen Rechts klagt oder nicht, ist ohne Belang. Diese Frage ist nur von Bedeutung für die Erstreckung der Rechtskraft bei einer Klage des Pfandgläubigers gegen den Drittschuldner[13]).

Die Rechtswirksamkeit der Prozeßführungsermächtigung findet sodann ihre Bestätigung in Gesetzesstellen, aus denen hervorgeht, daß es in unserem Rechtsleben keine fremde Erscheinung ist, daß jemand ein fremdes Recht im eigenen Namen klageweise geltend macht. So können über fremde Rechte im eigenen Namen klagen der Ehemann (§§ 1380, 1443 BGB.), die Ehefrau (§ 1450), der Nießbraucher (§ 1059, Abs. 2 BGB.), der Konkursverwalter (§ 6 Abs. 2 KO.) etc.

Es liegt nun nahe, zu sagen, daß es sich hier doch nur um gesetzlich festgelegte Ausnahmefälle handelt, die nicht

[10]) Gaupp-Stein-Jonas, a. a. O., § 835, Anm. 2.
[11]) Hellwig, H., Gruchot 55, S. 609; Ludewig, a. a. O., S. 47. Hellwig, K., Syst. I. Teil, § 74, II1.
[12]) a. A. RG. 73, S. 308.
[13]) Albrecht, a. a. O., S. 15, 16; Gaupp-Stein-Jonas, a. a. O., § 835, VII.

willkürlich erweitert werden dürfen[14]). Diese Folgerung ist jedoch nicht gerechtfertigt. Denn die gesetzlichen Ausnahmefälle haben nur den Tatbestand im Auge, daß jemandem ohne die Überlassung des Ausübungsrechtes das Klagerecht zusteht. Hieraus ergibt sich nur, daß gegen den Willen des materiellen Inhabers des Rechtes niemand ein fremdes Recht klageweise geltend machen darf. Willigt der Berechtigte in die Geltendmachung seines Rechtes durch einen anderen ein, überläßt er die Ausübung seines Rechtes einem Dritten, so ist dieser zur Klage im eigenen Namen legitimiert[15]). Denn die Ausübung eines Rechtes kann wirksam einem anderen überlassen werden, und zur Ausübung des Rechtes gehört auch dessen klageweise Geltendmachung. Demnach ergibt sich der Schluß, daß ein nicht materiell Berechtigter dann klageberechtigt ist, wenn ihm die Ausübung des Rechtes durch Gesetz oder durch Rechtsgeschäft überlassen ist.[16])

Man hat gegen eine Zulässigkeit der Prozeßführungsermächtigung vor allem den Einwand erhoben, daß die Lage des Schuldners ungerechtfertigt durch sie verschlechtert würde.[17])

Das Reichsgericht hat[18]) diese Bedenken jedoch verneint und erklärt, daß der Schuldner durch die Einziehungsermächtigung in keiner Weise benachteiligt werde. Denn Rechtshandlungen zwischen dem Ermächtigten und dem Schuldner müsse der Ermächtigende, weil er ja sein Recht durch den Ermächtigten geltend machen lasse, ebenso gegen sich wirken lassen, wie wenn er sie selbst mit dem Schuldner vorgenommen hätte. Die Richtigkeit dieses

---

[14]) Planck-Siber, a. a. O. § 398, S. 553.

[15]) Schmidt, Ford. Abtretg. z. Zweck. d. Einzugs; Gruchot 57, S. 240 ff.; Schmidt, D. Zess. u. d. Vollindossament z. Inkassozwecken. Diss. Münster 1911; Ludewig, a. a. O., S. 48.

[16]) Schmidt, Zess., S. 27.

[17]) Hellwig, Gruchot 55, S. 611; Planck-Siber, § 398, S. 552.

[18]) RG. 73, S. 309.

Satzes ergibt sich für private Rechtshandlungen aus § 185 BGB.[19]). Denn da der Ermächtigende vorher seine Einwilligung zu Verfügungen gegeben hat, werden sie für und gegen ihn wirksam. Dieser Satz hat aber auch Gültigkeit für die Wirkung des in dem Prozeß zwischen dem Schuldner und dem Ermächtigten erstrittenen Urteils. Daß die Rechtskraft dieses Urteils sich auch auf den Ermächtigenden erstreckt, ist allgemein anerkannt. In der Begründung allerdings gehen die Ansichten auseinander, und es ist nötig, noch später besonders auf diese Frage einzugehen. Eine Verschlechterung der prozessualen Lage des Schuldners soll aber in anderer Hinsicht eintreten[20]). Die Parteieide in dem Prozesse schwört nicht der Ermächtigende, sondern der Ermächtigte. Eine Widerklage gegen den Ermächtigenden geht dem Gegner verloren, da bei dieser Kläger und Beklagter dieselbe Person sein müssen. Ferner kann der Parteieid evtl. günstiger für den Ermächtigten normiert werden. Der Ermächtigende dagegen kann als Zeuge vernommen werden. Ein Ausschluß von Gerichtspersonen wegen Beziehungen zur Partei könnte umgangen werden. Endlich beruft man sich darauf, daß es durch die Prozeßführungsermächtigung möglich würde, daß der Beklagte einen Gegner erhalte, der im Falle der Klageabweisung zur Tragung der Prozeßkosten außerstande sei, und daß auf diese Weise der Beklagte selbst die Kosten zu tragen hätte, während der Ermächtigende in Wirklichkeit vielleicht zahlungsfähig sei.

Im einzelnen Falle können allerdings durch die Zulassung der Prozeßführungsermächtigung für den Schuldner Nachteile entstehen. Man darf aber deswegen nicht die Prozeßführungsermächtigung selbst als unzulässig bekämpfen. Denn von allen Gegnern der Einziehungsermächtigung wird ja anerkannt, daß eine Inkassozession in der Form der fiduziarischen Abtretung möglich ist. Eine Verschlechterung der prozessualen Lage des Schuldners kann aber bei der fiduziarischen Abtretung ebenso wie bei der

[19]) Hellwig, Gruchot 55, S. 611 ff.; Ludewig, S. 49.

[20]) H. Hellwig, Gruchot 55, S. 612, 613; Ludewig, a. a. O., S. 51/2.

Einziehungsermächtigung vorkommen. Der Schuldner steht sich bei der Einziehungsermächtigung unter Umständen sogar besser. Materiell hat er den Vorteil, daß er alle Einreden gegen den Ermächtigenden, auch die nach der Erteilung der Ermächtigung entstandenen, vorbringen kann. Bei der fiduziarischen Abtretung hat er nur die zur Zeit der Abtretung gegen den Zedenten schon bestehenden Einreden. Aber auch in prozessualer Hinsicht sind Fälle denkbar, wo die Prozeßführungsermächtigung seine Lage verbessert.[21])

Es wäre verfehlt, die Gültigkeit der Prozeßführungsermächtigung davon abhängig zu machen, daß der Schuldner in die Geltendmachung des Rechtes des Ermächtigenden durch den Ermächtigten einwilligt[22]). Man kann es nicht in das Belieben des Schuldners stellen, in sie einzuwilligen oder ihr zu widersprechen, je nachdem ob es für ihn Vorteile oder Nachteile bringt.

Allerdings ist zuzugeben, daß in prozessualer Hinsicht ein Unterschied zwischen der fiduziarischen Abtretung und der Einziehungsermächtigung besteht. Bei der fiduziarischen Zession liegt eine wirkliche Abtretung vor. Der Zessionar wird Gläubiger und ist daher auch zur Klage aktiv legitimiert. Bei der Einziehungsermächtigung dagegen tritt der Ermächtigte nicht als Gläubiger auf, er macht vielmehr eine fremde Forderung im eigenen Namen geltend. Nach unseren positiven Gesetzesvorschriften kann aber ein Anspruch in der Regel nur von dem materiell Berechtigten im eigenen Namen eingeklagt werden. Macht der Kläger einen fremden Anspruch im eigenen Namen geltend, so ist dieses unnatürlich. Nicht der wirkliche Rechtsinhaber schwört die Parteieide, sondern der Ermächtigte, die Kostenlast trifft bei Klageabweisung gleichfalls einen anderen als den materiell Berechtigten, und der Ermächtigende kann als Zeuge vernommen werden. Dieses bedeutet einen Eingriff in das Ge-

---

[21]) Ludewig, a. a. O., S. 52; K. Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft 1901, S. 509, Anm. 4.

[22]) So H. Hellwig, Gruchot 55, S. 614; K. Hellwig, System I. Teil 1919, § 74; Wolff, Sach. R. 1923, § 46 VI, Anm. 19.

füge unseres Zivilprozesses[23]). Man wird eine solche Klage daher nicht schlechthin zulassen dürfen, sondern nur dann, wenn ein Rechtsschutzinteresse des Klägers vorliegt.

Dieses Rechtsschutzinteresse muß bei jeder Klage vorhanden sein[24]). Klagt der Berechtigte auf Leistung, so ist allerdings die Darlegung dieses Interesses unnötig. Es ergibt sich daraus, daß der fällige Anspruch des Klägers nicht befriedigt ist. In allen anderen prozessualen Fällen aber bedarf es stets der besonderen Hervorhebung des Rechtsschutzinteresses. So stellen die §§ 257 bis 259 ZPO. Erfordernisse auf, unter denen auf künftige Leistung geklagt werden kann. Da der Anspruch noch nicht fällig ist, muß ein rechtliches Interesse dafür vorgebracht werden, daß schon vor Fälligkeit ein Urteil erwirkt wird. Einen weiteren Fall bildet die positive und negative Feststellungsklage (§ 256 ZPO.). Gerade bei der negativen Feststellungsklage, bei der vom Kläger kein eigenes Recht behauptet wird, zeigt es sich deutlich, daß überall dort, wo der Kläger kein eigenes Recht geltend macht, die besondere Darlegung des Rechtsschutzinteresses vom Gesetze verlangt wird.

Da bei der Einziehungsermächtigung ein Nichtberechtigter im eigenen Namen klagt, muß auch hier der Kläger sein Rechtsschutzinteresse hervorheben. Nur wenn er ein besonderes rechtliches Interesse an der Durchführung der Klage vorbringen kann, ist seine Aktivlegitimation gegeben.

Die Rechtsprechung des RG. hat diese Voraussetzung gleichfalls für erforderlich erachtet und in einer Anzahl von Entscheidungen Beispiele für ein rechtsschutzwürdiges Interesse des Ermächtigten an der klageweisen Geltendmachung des Rechtes im eigenen Namen geliefert. In RG. 53, S. 408 wird das Vorliegen dieser Voraussetzung dann bejaht, wenn derjenige, der ein Grundstück verkauft und aufgelassen hat, von dem neuen Eigentümer ermächtigt worden ist, den Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs

[23]) RG. 91, S. 393.

[24]) Gaupp-Stein-Jonas, a. a. O., Bem. vor § 253.

durch Löschung einer eingetragenen aber nicht bestehenden Belastung im eigenen Namen geltend zu machen. Das Rechtsschutzbedürfnis besteht in diesem Falle darin, daß der Kläger, da er nicht mehr Eigentümer des Grunstückes ist, die Berichtigung aus eigenem Rechte nicht verlangen kann. Denn der Anspruch aus § 894 BGB. steht nicht jedem, der ein Interesse an der Berichtigung des Grundbuchs hat, zu, sondern nur dem dinglich Berechtigten.[25]) Andererseits ist eine Abtretung des Berichtigungsanspruchs durch den neuen Eigentümer nach geltendem Recht nicht mehr zulässig.[26]) Dem praktischen Bedürfnis wird dadurch abgeholfen, daß der Verkäufer zur Geltendmachung des Anspruchs im eigenen Namen ermächtigt wird, so daß er auf diese Weise seiner Verpflichtung zur Beseitigung der nicht bestehenden Belastung nachkommen kann.

Ähnlich liegt der Fall, der der Entscheidung des RG. in Bd. 64, S. 166 zugrunde liegt. Hier veräußert der Inhaber eines dinglichen Rechts, das noch nicht im Grundbuch eingetragen ist, dieses Recht weiter und übernimmt die Verpflichtung, die Eintragung im Grundbuch herbeizuführen. Auch hier betont das RG., daß man dem Verkehrsbedürfnis nur dadurch Rechnung tragen könne, daß man dem Erwerber durch eine Ermächtigung die Möglichkeit gebe, die Berichtigung des Grundbuchs im eigenen Namen herbeizuführen. In Gruchot 35, S. 1001 führt das RG. aus: „Unzweifelhaft klagt mit Recht auf Löschung einer Hypothek der zahlende Schuldner, auch wenn er nicht oder nicht mehr Eigentümer des Pfandgrundstücks ist, wenn er ein reines Grundbuchblatt versprochen hat.“ Diese Möglichkeit wird ihm gegeben durch die Erteilung einer Ermächtigung.

RG. 73, S. 306 bejaht die Aktivlegitimation des Ermächtigten, wenn der auf Feststellung des Nichtbestehens von Rechten aus einem früheren Vertrage gerichtete Anspruch selbst nicht abtretbar ist, der Kläger aber gegenüber dem Berechtigten sich verpflichtet hat, diesen Anspruch im

---

[25]) RG. Gruchot 35, S. 1001.

[26]) RG. 64, S. 168; Planck-Siber, a. a. O., § 398, S. 553.

eigenen Namen und auf seine Kosten geltend zu machen.

Auch für den besonderen Fall der Ermächtigung zur Einziehung von Forderungen finden sich Beispiele für das Vorliegen des Rechtsschutzinteresses in den Entscheidungen des Reichsgerichts.

So läßt das RG. in J. W. 1916, S. 959 die Einziehungsermächtigung und die Klagebefugnis des Ermächtigten im eigenen Namen dann zu, wenn bei der Zession einer Forderung sich der Zedent gegenüber dem Zessionar verpflichtet hat, die Forderung selbst im eigenen Namen einzuziehen und den Betrag an ihn abzuführen. Das rechtliche Interesse an der Durchführung der Klage besteht in der Verpflichtung des Zedenten, die Forderung im eigenen Namen geltend zu machen.

Dem vom OLG. München in J. W. 1921, S. 479 entschiedenen Falle lag folgender Tatbestand zugrunde. Ein Kommunalverband hatte den Betrieb einer von ihm zu errichtenden Altbekleidungsstelle einer Genossenschaft auf eigene Gefahr und Kosten übertragen. Die Genossenschaft schloß innerhalb ihres geschäftlichen Wirkungskreises mit einem Dritten einen Vertrag ab, doch nicht im eigenen Namen, sondern im Namen des Kommunalverbandes. Aus diesem Vertrag stand dem Kommunalverband eine Forderung gegen den Dritten zu. Er ermächtigte nun die Genossenschaft, diese Forderung im eigenen Namen einzuziehen und gerichtlich geltend zu machen. Das OLG. findet das rechtliche Interesse der Klägerin an der Durchführung der Klage darin begründet, daß die Klägerin sich verpflichtet hatte, die in ihrem Geschäftsbetrieb entstehenden Rechtsstreitigkeiten selbst auszutragen, und daß die Klägerin vom Kommunalverband keinen Ersatz für die Klageforderung erlangen konnte, da der Geschäftsbetrieb auf ihre eigene Rechnung und Gefahr geführt wurde.

Man wird den obersten Gerichten beipflichten können, daß in diesen von ihnen entschiedenen Fällen ein Rechtsschutzinteresse des Ermächtigten gegeben ist. Andererseits

wird man dem RG.[27]) auch darin zustimmen können, daß dem Kläger die Aktivlegitimation dann abgesprochen werden muß, wenn jemand einem andern die Einziehungsermächtigung nur in dem Wunsche erteilt, mit seinem Namen in dem Prozeß nicht in Erscheinung zu treten. In diesem Falle fehlt dem Kläger jedes Interesse, als Partei aufzutreten. Die Veranlassung zur Klageerhebung hat nicht er, sondern der Ermächtigende gegeben. Dessen Interessen sollen gewahrt werden. Hier entfällt aber jedes schutzbedürftige Interesse des Klägers und damit auch ein Rechtsschutzanspruch. Will der Gläubiger seinen Anspruch nicht selbst klageweise geltend machen, so muß er zur fiduziarischen Inkassozession greifen.

Vielfach hat man auch weitere Erfordernisse für die Zulässigkeit der Prozeßführungsermächtigung aufgestellt. So verlangen einige[28]), daß der Ermächtigte nicht auf Leistung an den Gläubiger, sondern auf Leistung an sich klagen müsse. Doch zu Unrecht, denn für die Frage der Aktivlegitimation ist nur die Tatsache entscheidend, daß ein materiell Nichtberechtigter vor Gericht als Kläger auftritt.[29])

Ferner wird die Ansicht vertreten, der Ermächtigte müsse noch besondere Gründe darlegen, welche es rechtfertigen, daß die Parteien nicht zur Vollmacht oder zur fiduziarischen Inkassozession gegriffen haben.[30]) Eine solche Erschwerung ist jedoch unberechtigt. Ist die Einziehungsermächtigung zulässig, so kann man auch von ihr Gebrauch machen. Außerdem läßt sich ein sicherer Maßstab dafür, wann ein solch ausreichender Grund gegeben ist, doch wohl kaum finden.

---

[27]) RG. 91, S. 395/6.

[28]) Albrecht, a. a. O., S. 18/9.

[29]) RG. J.W. 1908, S. 479 Nr. 10.

[30]) Stampe, J.W. 1921, S. 479—481, Anm. zu Nr. 22; Ludewig, S. 54.

§ 15.

Die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung im Hinblick auf die Verkehrsbedürfnisse.

Die Rechtswirksamkeit der Einziehungsermächtigung wird vor allem durch die praktischen Bedürfnisse des Verkehrs dringend erfordert. Zwar sind diejenigen Zwecke, die im allgemeinen und schlechthin als schutzbedürftig hingestellt werden, durchaus nicht geeignet, die Einziehungsermächtigung als praktisch wünschenswert erscheinen zu lassen, und gerade dieses ist der Grund, weswegen die Theorie der Einziehungsermächtigung sich soviel Feinde erworben hat. Als Schutzbedürfnis für gesellschaftliche, berufliche und verwandtschaftliche Bequemlichkeitsrücksichten[1]) darf man die Einziehungsermächtigung nicht hinstellen. Die Fälle, in denen jemand aus diesen Rücksichten die Einziehungsermächtigung wählt, sind allerdings sehr häufig. Er will mit seiner eigenen Person im Prozeß nicht in Erscheinung treten, deshalb greift er anstatt zur Vollmacht zur Einziehungsermächtigung. Regelmäßig wird in solchen Fällen der Gläubiger einen Inkassoagenten oder ein Inkassobüro mit der Einziehung der Forderung beauftragen. Trotzdem es sich dann meistens um „faule" Schuldner handeln wird, können solche Bequemlichkeitsrücksichten für die Anerkennung eines Rechtsinstitutes, das scharf in das Gefüge unserer Rechtsordnung einschneidet, nicht von ausschlaggebender Bedeutung sein. Es mag zugegeben werden, daß in unserer fortschreitenden Verkehrsentwicklung das Institut der Inkassobüros notwendig ist. Sie haben in der Beitreibung der Forderung eine ganz andere Erfahrung als der einzelne Gläubiger und können daher auch mit größerem Schneid den Prozeß durchführen. Aber die Annahme, daß auch in diesen Fällen eine Einziehungsermächtigung erteilt werden kann, scheitert daran, daß es an dem rechtlichen Interesse, an dem Rechtsschutzbedürfnis des Ermächtigten zur Durchführung der Klage

[1]) Richter, D. fiduziar. Übertrg. d. Prozeßführ. R. im eigenen Namen; Gruchot 60, S. 788; Ludewig, a. a. O., S. 7.

fehlt. Der Kläger hat hier kein rechtliches, sondern höchstens ein wirtschaftliches Interesse. Die Veranlassung zur Erhebung der Klage geht nicht vom Kläger, sondern vom Gläubiger aus. Nicht die Interessen des Klägers, sondern die des Gläubigers sollen gewahrt werden. Dem Gläubiger bleibt nichts anderes übrig, als entweder zur Vollmacht zu greifen oder die Forderung fiduziarisch abzutreten. Fürchtet der Gläubiger, daß der Dritte eine bloße Einziehungsvollmacht als Zeichen des Mißtrauens auffassen könnte, so muß er sich schlüssig werden, ob er dieses oder die Gefahren einer Abtretung in Kauf nehmen will. „Aber er hat rechtspolitisch keinen Anspruch darauf, dem Zessionar ein Vertrauen bezeugen zu dürfen, das in Wahrheit kein Vertrauen ist, weil die Rechtsordnung an seiner Stelle mißtrauisch sein und ihm die Gefahren abnehmen soll."[2])

Ein praktischer Anwendungsfall der Einziehungsermächtigung kommt bei der Diskontierung von Buchforderungen vor. Diese Abart der Sicherungszession hat sich nach österreichischem Vorbilde bei uns eingebürgert[3]). Sie liegt dann vor, wenn Kredite gegen Abtretung von Außenständen des Kreditnehmers gewährt werden und der Kreditnehmer gleichzeitig Akzepte in Höhe des Kredits ausstellt, deren Laufzeit über die Fälligkeit der diskontierten Außenstände hinausgeht. Der Kreditnehmer haftet ferner dafür, daß die abgetretenen Außenstände beitreibbar sind. Die Verwendung des Kredites ist vertraglich genau festgesetzt, und in der Regel ist er dazu bestimmt, Verbindlichkeiten aus Warenlieferungen abzudecken.

Dieser Tatbestand läßt sich rechtlich verschieden würdigen. Die Übertragung der Buchforderungen kann nach dem Willen der Parteien eine fiduziarische Abtretung sein. Im Regelfalle wird diese vorliegen. Möglich aber ist auch, daß die Abtretung der Buchforderungen in Wahrheit nur als Einziehungsermächtigung für den Kreditgeber zu

---

[2]) Planck-Siber, a. a. O., § 398, S. 552.

[3]) Weinhausen, D. Sicherungsübereignung 1928, S. 89.

deuten ist.[4]) Ist aber eine fiduziarische Abtretung vereinbart, so wird oftmals zwischen den Parteien verabredet, daß der Kreditgeber dem Buchschuldner die Abtretung nicht mitteilt, und daß dem Kreditnehmer die Befugnis bleiben soll, die übertragenen Forderungen selbst einzuziehen. Diese Abkommen sind besonders dann zu beobachten, wenn der Kreditnehmer besonderen Wert darauf legt, die Tatsache der Inanspruchnahme fremden Kredits anderen Personen zu verschweigen. Rechtlich ist eine solche Vereinbarung als Einziehungsermächtigung des Fiduzianten, des Kreditnehmers, aufzufassen. Die Forderung selbst steht dem Fiduziar zu. Verweigert der Drittschuldner die Leistung, so kann in jedem Falle der Fiduziar die Forderung einklagen. Neben ihm ist aber noch der Fiduziant auf Grund der ihm erteilten Einziehungsermächtigung zur Erhebung der Klage berechtigt. Auch der Fiduziant hat ein rechtliches Interesse daran, daß der Drittschuldner leistet. Auf Grund des Kreditierungsabkommens hat er einen Anspruch darauf, daß er zur gegebenen Zeit von der Kreditverbindlichkeit freigestellt wird. Dieser Anspruch wird dadurch verwirklicht, daß der Drittschuldner zahlt. Daraus folgt, daß er an der Leistung des Drittschuldners ein eigenes rechtliches Interesse hat, und daher zur Klage aktiv legitimiert ist.

Aber nicht nur bei der Diskontierung von Buchforderungen, sondern auch bei der reinen Sicherungszession wird von den Parteien häufig vertraglich vereinbart, daß dem Schuldner die Einziehungsbefugnis verbleiben soll. Durch eine solche Abrede wird der Fiduziant ermächtigt, neben dem Fiduziar die Forderung im eigenen Namen geltend zu machen. Diese Einziehungsermächtigung wird man als resolutiv bedingt durch Konkurs des Schuldners, Gefährdung dessen Kreditwürdigkeit etc. auffassen[5]) müssen. Auch das RG. hat solche stillen Zessionen nicht schlecht-

[4]) Enneccerus, a. a. O., Schuldverhältnisse § 303 IV Anm. 20; Ludewig, a. a. O., S. 14.

[5]) Ludewig, a. a. O., S. 14.

hin für wirkungslos erklärt, sieht aber in der Abmachung, daß der Zedent selbst auch im eigenen Namen Klage erheben dürfe, nicht eine Einziehungsermächtigung, sondern faßt das ganze Rechtsgeschäft als eine suspensiv bedingte Zession auf. Der Zessionar soll erst dann voller Gläubiger der Forderung werden, sobald der Zedent eine fällige Verpflichtung nicht erfüllt[6]). Diese Konstruktion ist rechtlich zulässig, wird aber dem Willen der Vertragsparteien nicht gerecht. Der Kreditgeber will nicht erst dann Gläubiger werden, wenn Umstände eintreten, die das Risiko erhöhen, sondern er will sofort volle Sicherung erlangen, er will sich sofort als Gläubiger betrachten und macht dem Zedenten nur das Zugeständnis, daß auch er zur Einziehung befugt sein soll, solange er seinen Verpflichtungen nachkommt. Die Annahme einer vollgültigen Sicherungszession mit einer resolutivbedingten Einziehungsermächtigung des Zedenten wird in den meisten Fällen dem Parteiwillen mehr entsprechen.

Am häufigsten wird folgender Anwendungsfall der Einziehungsermächtigung im praktischen Leben vorkommen. Der Gläubiger einer noch nicht fälligen Forderung will diese verwerten. Er findet auch einen Käufer für die Forderung. Dieser will aber durch die Beitreibung der Forderung nach Fälligkeit in keiner Weise belästigt werden, sei es, daß er scheut, gegen den Gegner vorzugehen, sei es, daß er etwaige Auslagen im Prozesse befürchtet. Der Gläubiger tritt darauf die Forderung ab, verpflichtet sich aber, sie nach Fälligkeit selbst einzuziehen und den eingezogenen Betrag an den Zessionar abzuführen.[7]) Diese Verabredung ist, da eine Abtretung unter Zurückbelassung der Einziehungsbefugnis beim Zedenten rechtlich unmöglich ist[8]), nur als Einziehungsermächtigung des Zedenten zu konstruieren. Das rechtliche Interesse an der Durchführung der Klage besteht hier darin, daß der Zedent sich dem

[6]) RG. 90, 248 u. 276; 92, 109 u. 240; J.W. 1914, S. 528 Nr. 6; J.W. 1916, S. 959 Nr. 37; RGRKom. 6. Aufl. 1928, § 398 Anm. 1, S. 599.

[7]) Ähnlich RG. J.W. 1916, S. 959.

[8]) RG. 92, 108; 90, 248.

Zessionar gegenüber zur Beitreibung in eigenem Namen und auf eigene Rechnung verpflichtet hat. Man würde den Verkehrsbedürfnissen schlecht entgegenkommen, wenn man die Rechtswirksamkeit der Einziehungsermächtigung ablehnen und eine solche Abmachung daher für rechtlich unmöglich halten würde.

Es bleibt noch die Frage zu untersuchen, was rechtlich vorliegt, wenn für den Gläubiger sowohl der Weg der Inkassozession, als auch der der bloßen Einziehungsermächtigung offen steht. Maßgebend hierfür ist der Wille der Parteien, der in ihren Erklärungen zum Ausdruck gekommen ist. Nun werden in der Regel die Erklärungen der Vertragsparteien dahin abgegeben, daß die Forderung „zum Inkasso abgetreten" wird. Hieraus darf man natürlich nicht schließen, daß in jedem solcher Fälle stets eine fiduziarische Abtretung vorliegt. Vielmehr müssen für die Auslegung des erklärten Willens die besonderen Umstände jedes einzelnen Falles entscheidend sein. So wird z. B. eine fiduziarische Inkassozession dann gewollt sein, wenn die Forderung zur Einziehung an jemand abgetreten wird, der sich gewerbsmäßig mit dem Beitreiben von Forderungen beschäftigt, da dieser den ihm für seine Bemühungen versprochenen Teil der Forderung von Anfang an gesichert sehen will. Ferner ist zu beachten, daß bei der „Abtretung zum Inkasso" der Dritte nicht nur befugt sein soll, die Forderung im gütlichen Wege einzuziehen, sondern daß er auch berechtigt sein soll, die Leistung von dem Schuldner im Wege der Klage zu erzwingen. Hat der Dritte aber, wie es meistens bei einer Abtretung zum Inkasso an Inkassoagenten und Inkassobüros der Fall sein wird, kein eigenes, selbständiges Interesse an der Klage, so besteht die Vermutung dafür, daß eine fiduziarische Abtretung vereinbart worden ist. Hat der Dritte aber ein eigenes Rechtsinteresse an der klageweisen Beitreibung der Forderung, so wird die Vermutung eher für eine bloße Einziehungsermächtigung, als für eine fiduziarische Inkassozession sprechen. Denn die Parteien wollen gewöhnlich das, was für sie am zweckmäßigsten ist und was sie mit den gering-

sten Mitteln und unter geringsten Gefahren erreichen können.[9])

§ 16.

Die Wirkungen der Einziehungsermächtigung.

1. Die Stellung der Beteiligten.

Infolge der Einziehungsermächtigung ist der Ermächtigte zur Einziehung der Forderung im eigenen Namen berechtigt. Da er im eigenen Namen auftritt, wird er auch Eigentümer des vom Schuldner Geleisteten. Besteht für ihn ein Rechtsschutzanspruch, so ist er auch zur Prozeßführung im eigenen Namen befugt. Die Ermächtigung ist ihm nur zur Einziehung erteilt, daher darf er andere Verfügungen über die Forderung nicht vornehmen.

Neben dem Ermächtigten bleibt der Ermächtigende gleichfalls zur Geltendmachung der Forderung befugt. Wird die Forderung durch einen Gläubiger des Ermächtigten gepfändet, so steht ihm nach § 771 ZPO. die Widerspruchsklage zu. Im Konkurse des Ermächtigten hat er ein Aussonderungsrecht.

Die Rechtsstellung des Schuldners wird in keiner Weise durch die Einziehungsermächtigung verschlechtert. Es tritt ihm, da kein Forderungsübergang vorliegt, kein neuer Gläubiger entgegen. Deshalb kann er alle Einreden, die er gegen den Ermächtigenden hat, vorbringen. Dabei macht es keinen Unterschied, im Gegensatz zur fiduziarischen Inkassozession, ob diese Einreden vor oder nach der Erteilung der Ermächtigung entstanden sind.

2. Aufrechnungsmöglichkeiten.

Bei der Einziehungsermächtigung ergeben sich mehrere Möglichkeiten für eine Aufrechnung. Es ist denkbar, daß der Schuldner mit einer Forderung gegen den Ermächtigenden aufrechnet, ferner daß er mit einer Forderung gegen den Ermächtigten aufrechnet. Endlich ist es möglich, daß der Ermächtigte die Forderung, zu deren Einziehung er ermäch-

[9]) Enneccerus, Schuldverh. § 303, IV, 2; Ludewig, a. a. O., S. 85.

tigt ist, gegen eine Forderung des Schuldners zur Aufrechnung stellt. Es entsteht die Frage, ob in jedem dieser drei Fälle die Voraussetzungen, von denen das Gesetz die Gültigkeit der Aufrechnungserklärung abhängig macht, vorliegen.

Was zunächst die Aufrechnung des Schuldners mit einer Forderung gegen den Ermächtigenden anbetrifft, so sind bei ihr alle Erfordernisse erfüllt. Der Ermächtigende ist Gläubiger der Forderung geblieben. Der Schuldner kann auch mit einer erst später erworbenen Forderung gegen den Ermächtigenden aufrechnen. Denn der Ermächtigte macht nicht seine eigene Forderung, sondern die des Ermächtigenden geltend. Er kann also nie mehr einziehen, als sein Machtgeber selbst verlangen darf[1]). An der Gültigkeit dieser Aufrechnungserklärung besteht auch dann kein Zweifel, wenn sie gegenüber dem Ermächtigten abgegeben ist. § 388 BGB. schreibt vor, daß die Aufrechnung gegenüber dem anderen Teile erklärt werden muß. Der andere Teil im Sinne dieser Bestimmung ist der Schuldner der Forderung, die zur Aufrechnung gestellt wird, also der Ermächtigende und nicht der Ermächtigte. Doch muß der Ermächtigende alle Erklärungen gegen sich gelten lassen, die dem Ermächtigten gegenüber abgegeben werden, so, als wenn sie ihm selbst oder seinem Vertreter gegenüber abgegeben wären.

Bei der Frage, ob der Schuldner mit einer Forderung gegen den Ermächtigten aufrechnen kann, ist zu prüfen, ob die Voraussetzung der Gegenseitigkeit gegeben ist. Die Gegenseitigkeit ist jedoch zu verneinen. Diesem Erfordernis wird nur dadurch entsprochen, daß sich zwei Personen gegenüberstehen, die beide Gläubiger von Forderungen sind. Der Ermächtigte ist aber nicht Inhaber der Forderung, sondern Gläubiger der Forderung gegen den Schuldner ist der Ermächtigende geblieben[2]). Diesen Standpunkt nimmt das OLG. Stettin[3]) sogar für den Fall der fidu-

[1]) Albrecht, a. a. O., S. 25.
[2]) Richter, Gruchot 60, S. 784, 785.
[3]) OLGE. 23, 19.

ziarischen Inkassozession ein, indem es ausführt, daß ebensowenig wie eine von einem Gläubiger des Fiduziars erwirkte Pfändung die Aufrechnung mit einer Gegenforderung aus der Person des Inkassozessionars zulässig sei.

Gleichfalls abzulehnen ist die Möglichkeit, daß der Ermächtigte die Forderung des Ermächtigenden zur Aufrechnung stellt. Der Ermächtigte ist nur befugt, die Forderung einzuziehen und darf nicht in anderer Weise über sie verfügen. Eine Aufrechnung wäre daher unwirksam. Wollte man sie zulassen, so würde das für den Ermächtigenden eine ungerechtfertigte Härte bedeuten. Aber wenn im einzelnen Falle der Ermächtigte durch die Einziehungsbefugnis auch zu anderweitigen Verfügungen berechtigt sein soll, braucht sich der Schuldner mit einer Aufrechnung nicht einverstanden zu erklären. Denn hier ist das Erfordernis der Gegenseitigkeit nicht gewahrt. Der Ermächtigte ist nicht Forderungsinhaber, er macht eine fremde Forderung geltend. Rechnet er mit dieser auf, so bringt er Einwendungen aus dem Rechte eines Dritten vor. Nur ausnahmsweise ist dieses aber zulässig, so in all den gesetzlich geregelten Fällen, in denen einem Dritten in eigenem Interesse die selbständige Befugnis eingeräumt ist, den Gläubiger zu befriedigen.[4]) (§§ 268, 1142, 1224 BGB.)

3. Rechtskrafterstreckung.

Nach § 325 ZPO. wirkt das rechtskräftige Urteil regelmäßig nur für und gegen die Parteien. In dem Prozeß des Einziehungsermächtigten gegen den Schuldner ist der Ermächtigende nicht Partei. Daher müßte bei strenger Anwendung dieses Grundsatzes die Rechtskraft des Urteils sich nicht auf den Ermächtigenden erstrecken. In der Tat wird dieses auch vereinzelt vertreten und angenommen, daß es an einer gesetzlichen Grundlage für eine solche Erweiterung der Rechtskraft fehlt[5]). Dieses Ergebnis ist jedoch dermaßen unbefriedigend, daß, wenn es richtig wäre, der

[4]) Richter, Gruchot 60, S. 786.

[5]) Förster-Kann, Kom. ZPO. 3. Aufl. 1926, § 325, S. 869.

Einziehungsermächtigung die rechtliche Anerkennung versagt werden müßte.

Unter verschiedener Begründung hat man die Rechtskrafterstreckung des Urteils auf den Ermächtigenden bejaht. Das RG. begründet in einigen Entscheidungen[6]) seinen Standpunkt damit, daß derjenige „arglistig", „unredlich" handele, der einen Prozeß für seine Rechnung durch eine vorgeschobene Person hat führen lassen und ein ungünstiges Ergebnis des Prozesses unter Berufung darauf nicht gelten lassen will, daß die Partei nicht er, sondern die vorgeschobene Person gewesen sei. Man dürfe den Gegner nicht zwingen, sich noch ein zweites Mal gegen den abgewehrten Anspruch zu verteidigen. Diese Begründung des RG. ist jedoch nicht stichhaltig. K. Hellwig[7]) weist unter Berufung auf RG. 43, S. 42 mit Recht darauf hin, daß der Einwand der Arglist dann nicht durchschlägt, wenn rechtmäßige Interessen vorliegen, wenn z. B. im Vorprozesse aus irrigen Gründen falsch entschieden ist.

Eine Reihe von Schriftstellern wollen die Ausdehnung der Rechtskraft auf den Ermächtigenden durch direkte Anwendung des § 325 ZPO. erreichen. Sie betrachten den Ermächtigenden als Rechtsnachfolger im Sinne dieser Bestimmung. Sie stützen sich hierbei auf K. Hellwig[8]), der die Ansicht vertritt, daß der Begriff des Rechtsnachfolgers im § 325 Abs. 1 im w. S. des Wortes genommen werden müsse und hierunter der Indossatar einbezogen werden müsse. Einen Rechtsnachfolger im w. S. gibt es jedoch für § 325 ZPO. nicht. Auch der Indossatar ist nicht Rechtsnachfolger im Sinne dieser Bestimmung. Von einer Rechtsnachfolge kann man nur dann sprechen, wenn ein wirklicher Wechsel des Subjekts vorliegt. Bei der Einziehungsermächtigung ist dieses aber nicht der Fall.

Das RG. führt in Bd. 73, S. 309 aus, der Ermächtigende müsse auch ein ungünstiges Urteil gegen sich wirken lassen, weil er mit der Prozeßführung über sein Recht den Ermäch-

[6]) RG. 36, 55; J.W. 1911, S. 409 Nr. 30.
[7]) K. Hellwig, Rechtskraft 1901, S. 303.
[8]) Rechtskraft, S. 291.

tigten betraut habe. Es schließt sich hier offenbar der Ansicht K. Hellwigs[9]) an, der als Grund für die Erweiterung der Rechtskrafterstreckung die Zustimmung des Berechtigten ansieht. Dieser Auffassung kann man jedoch nicht beitreten. Sie wird widerlegt durch den Hinweis auf Gesetzesstellen, die eine Erstreckung der Rechtskraft auf den, der der Prozeßführung zugestimmt hat, nicht zulassen. In einem Prozeß, den der Ehemann nach § 1380 BGB. im eigenen Namen führt, wirkt das Urteil selbst dann nicht gegen die Frau, wenn sie der Prozeßführung zugestimmt hat.[10])

Die Erstreckung der Rechtskraft auf den Ermächtigenden läßt sich nur aus dem Gesichtspunkt der „Repräsentation" begründen[11]). Der Begriff der Repräsentation ist überall dort anzuwenden, wo jemand für einen Dritten den Prozeß im eigenen Namen als Partei führt. Seine Prozeßführung schafft Rechtskraft für und gegen den Rechtsinhaber. Richter[12]) hat diesen Grundsatz näher begründet. Die subjektive Begrenzung der Rechtskraft will die Rechtskraft auf diejenigen Personen beschränken, die im Prozeß als Partei aufgetreten sind. Sie darf sich aber dabei nicht zu der objektiven Begrenzung in Widerspruch setzen. Dieses verbietet die Rechtslogik. Die Rechtskraft bezieht sich objektiv auf das Klagebegehren, auf den materiellen Anspruch. Der Inhaber dieses Anspruchs ist der Ermächtigende. Da der materielle Anspruch rechtskräftig geworden ist, so muß sich folgerichtig die Rechtskraft auch auf den Inhaber des materiellen Anspruchs ausdehnen[11]).

§ 17.

Erlöschungsgründe der Einziehungsermächtigung.

Als Erlöschungsgrund bei der Einziehungsermächtigung kommt zunächst der Widerruf nach Analogie der Vollmacht

[9]) Rechtskraft, S. 507.

[10]) Staudinger, a. a. O., § 1380, Anm. 6; Albrecht, a. a. O., S. 31/32.

[11]) Gaupp-Stein-Jonas, § 325, S. 878.

[12]) a. a. O., Gruchot 60, 789.

und der Einwilligung (§§ 168, 183 BGB.) in Betracht[1]). Die Ermächtigung ist frei widerruflich, sofern nicht der Ermächtigende sie als unwiderruflich erklärt hat oder sich diese Absicht aus dem der Ermächtigung zugrundeliegenden Rechtsverhältnisse ergibt[2]). § 183 bestimmt für die Einwilligung, daß der Widerruf „bis zur Vornahme des Rechtsgeschäftes" erfolgen kann. Dieser Zeitpunkt ist bei der Einziehungsermächtigung in entsprechender Anwendung des § 183 ohne Zweifel spätestens die Annahme der Leistung. Es fragt sich aber, ob nicht schon nach Erhebung der Klage ein Widerruf ausgeschlossen ist. Staudinger-Engelmann[3]) will ein Widerruf bis zu dem Zeitpunkt zulassen, in dem gegenüber dem Gegner eine Prozeßhandlung vorgenommen ist. Die herrschende[4]) Lehre dagegen geht dahin, daß bereits dann die Zustimmung zur Prozeßführung unwiderruflich werde, wenn die Klage rechtshängig geworden oder die Zustimmung dem Gegner bekanntgegeben sei. Der herrschenden Lehre ist beizupflichten. Der Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäfts wird beim Prozeß der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit im Gesetz mehrfach ausdrücklich gleichgestellt (z. B. §§ 407, 1435 BGB.)[5]).

Ob die Einziehungsermächtigung ferner durch Beendigung des Kausalverhältnisses ohne weiteres zum Erlöschen gebracht wird, so daß ein Widerruf sich erübrigt, hängt davon ab, ob man den gleichen Standpunkt bei der der Ermächtigung verwandten Einwilligung einnimmt. Von der Mehrzahl der Schriftsteller[6]) wird dies bejaht. Zwar ist im Gegensatz zur Vollmacht dieser Erlöschungsgrund bei der Einwilligung nicht ausdrücklich im Gesetz auf-

[1]) Enneccerus, I 1 § 175, S. 480 und I 2 § 303, S. 238.

[2]) RG. 53, 418 ff.

[3]) a. a. O., Fam. R. § 1400 2 b.

[4]) Planck, a. a. O., § 1400, Bem. 3 Abs. 2; Crome, § 579, Anm. 91.

[5]) Neumann, Handausg. des BGB. 5. Aufl. 1909 I. Bd. vor § 104, S. 97.

[6]) Enneccerus, § 83, Anm. 6; Oertmann, a. a. O., Allg. Te § 183, S. 675; Endemann, a. a. O. § 83, Anm. 6.

geführt. Aber bei der offenbaren Verwandtschaft zwischen Einwilligung und Vollmacht ist eine Analogie eher gerechtfertigt, als ein Umkehrschluß[7]).

Das Erlöschen der Einziehungsermächtigung tritt auch dann ein, wenn der Schuldner an den Ermächtigenden zahlt oder dieser mit der Forderung gegenüber dem Schuldner aufrechnet. Denn die Ermächtigung ist dauernd davon abhängig, daß das Recht des Ermächtigenden selbst noch besteht.

Die Einziehungsermächtigung wird schließlich auch damit hinfällig, daß der Gläubiger seine Forderung abtritt. Dieses ergibt sich einmal aus Analogie zur Vollmacht und ferner aus der Erwägung, daß die Ermächtigung nur so lange fortbestehen kann, als dem Gläubiger, der sie erteilt hat, die Forderung zusteht.

§ 18.

Schlußbemerkung.

Als Ergebnis unserer Ausführungen ist festzustellen, daß ein Gläubiger, der seine Forderung nicht selbst einziehen will, zum Rechtsinstitut der fiduziarischen Inkassozession greifen kann. Bei der fiduziarischen Inkassozession liegt eine wirkliche Abtretung vor. Das volle Gläubigerrecht geht auf den Zessionar über und dieser ist nur im Verhältnis zum Zedenten obligatorisch verpflichtet, seine Rechtsmacht lediglich zum Zwecke der Einziehung der Forderung zu verwenden.

Für den Gläubiger besteht aber auch die Möglichkeit, den Weg der Einziehungsermächtigung zu wählen. Bei dieser findet ein Wechsel des Gläubigerrechts an der Forderung nicht statt. Der Dritte wird vielmehr nur ermächtigt, die Forderung im eigenen Namen einzuziehen.

Die Einziehungsermächtigung ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt. Sie ist ein Erzeugnis des Verkehrs und der den Bedürfnissen des Verkehrs entsprechenden Rechts-

[7]) Oertmann, a. a. O. § 183, S. 675.

wissenschaft. Wenn v. Tuhr[1]) ausführt, daß mit ihrer Anerkennung der „Denaturierung unserer Rechtsbegriffe“ Vorschub geleistet werde, so muß ihm entgegengehalten werden, daß dies kein ausschlaggebender Grund ist, um neue Rechtsformen abzulehnen, die durch die praktischen Bedürfnisse nach Anerkennung drängen.

[1]) Allg. Teil II 2, S. 204.

Lebenslauf.

Am 27. Juni 1903 wurde ich, Berthold Paul Barwinski, katholischer Konfession, als Sohn des Gymnasialprofessors Dr. phil. Bernhard Barwinski und seiner Ehefrau Anna, geb. von Repke, zu Deutsch-Krone, Grenzmark, geboren. Ich besuchte das humanistische Gymnasium meiner Heimatstadt und später das Gymnasium zu Marienburg, Wstpr. Ostern 1921 erhielt ich das Zeugnis der Reife. Ich studierte dann in den folgenden Jahren an den Universitäten zu Königsberg i. Pr., Berlin und Marburg die Rechtswissenschaften. Während der Inflationszeit von Herbst 1922 bis Ostern 1924 unterbrach ich mein Studium, um mich im Bankfach auszubilden. Am 2. Februar 1927 bestand ich beim Oberlandesgericht zu Kassel die erste juristische Prüfung, wurde bald darauf vom Oberlandesgerichtspräsidenten zu Marienwerder zum Referendar ernannt und später in den Bezirk des Kammergerichts zur weiteren Ausbildung überwiesen. Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 15. Juli 1928.